

**ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN**

**PROCESSO PENAL E RITO DEMOCRÁTICO:**

**A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do  
contraditório e da ampla defesa**

**TESE DE DOUTORADO**

**ORIENTADOR: PROF. TITULAR JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURITIBA**

**2010**

**ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN**

**PROCESSO PENAL E RITO DEMOCRÁTICO:**

**A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do  
contraditório e da ampla defesa**

*Tese apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Doutor no  
Programa de Pós-Graduação em Direito,  
da Universidade Federal do Paraná, sob  
orientação do Prof. Titular Dr. Jacinto  
Nelson de Miranda Coutinho.*

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURITIBA  
2010**

**PROCESSO PENAL E RITO DEMOCRÁTICO:**  
**A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do**  
**contraditório e da ampla defesa**

Por

**ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN**

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela banca formada pelos Professores:

Orientador: Prof. Titular Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro: Prof.

Membro: Prof.

Membro: Prof.

Membro: Prof.

Curitiba, \_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_ de 2010.

Ao Guilherme, por toda nossa vida – a já  
vivida e a ainda por viver.

*Das Utopias*

Se as coisas são inatingíveis...ora!  
Não é motivo para não querê-las...  
Que tristes os caminhos, se não fora  
A mágica presença das estrelas!

*(Mario Quintana, Espelho Mágico)*

O correr da vida embrulha tudo. A vida é  
assim: esquentando e esfria, aperta e daí  
afrouxa, sossega e depois desinquieta. O  
que ela quer da gente é coragem.

*(Guimarães Rosa, Grande Sertão Veredas)*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre, em primeiro lugar, minha família (minha mãe, meus irmãos, D. Erna e Clara), por todo suporte e carinho que me foram dados durante todos esses anos de minha vida. Não tenho palavras também para agradecer meus amigos queridos, que dividiram sempre comigo as aflições e felicidades da vida pessoal e profissional, especialmente a Priscilla, o Jonathan, a Lisane, a Renata, o Rui, a Larissa, o Eros, a Noemia, o André, a Angela, o Marcelo, a Luciana, o Daniel, a Claudia e a Silvana.

Agradeço também, e mais uma vez, ao meu orientador, também amigo, Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por todas as oportunidades que me proporcionou desde a época de graduação e pela confiança que várias vezes reforçou em mim depositar.

Deixo também meus agradecimentos ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, que me recebeu assim que me desliguei da graduação e me permitiu ali realizar meus estudos de mestrado e doutorado. Quero agradecer especialmente as meninas que sempre estão ali, dispostas a ajudar no que for preciso e, ainda, a acalmar nossas angústias e dizer palavras de consolo e incentivo: Muito obrigada Sandra, Fátima e Laura!

Agradeço imensamente aos Professores que fizeram parte da minha banca de qualificação, Prof<sup>a</sup> Katie Argüello, Prof. Luiz Antonio Camara e Prof. Alexandre Moraes da Rosa, que muito contribuíram para o desenvolvimento e para a finalização (ainda que temporária, como toda investigação) desta pesquisa.

Agradeço aos meus amigos da Universidade Positivo pela companhia de todos esses anos, nos momentos bons e ruins do magistério, especialmente ao Marcos, por todo apoio que sempre me deu.

Não posso deixar de agradecer, também, ao Prof. Massimo Pavarini e sua esposa, Sra. Pirchia, por terem me recebido como uma filha e, além de terem me proporcionado a chance única de estudar em Bologna, ainda se preocuparam em me fazer conhecer um pouco da belíssima Itália.

Agradeço especialmente, por fim, ao Guilherme, precioso companheiro de vida, homem de alma boa e realmente virtuoso, quem admiro cada dia mais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I – OS FUNDAMENTOS.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I – A CRISE DO SISTEMA CRIMINAL .....</b>	<b>7</b>
1. A crise do Sistema Penal – aspectos relevantes da crise do Direito Penal .....	7
1.1.1. As funções perdidas da pena .....	7
1.1.2. O novo paradigma da justiça penal consensual .....	30
1.2. A crise do sistema processual penal .....	45
1.2.1. A crise do processo penal como consequência necessária da relação com o Direito Penal: as finalidades reais do processo penal.....	45
1.2.2. A cultura inquisitória e a democracia incipiente .....	59
<b>PARTE II – O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>72</b>
<b>CAPÍTULO II – DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL: O PAPEL FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO .....</b>	<b>72</b>
2.1. O processo justo e o processo devido .....	72
2.2. O processo democrático: a importância da participação efetiva das partes em contraditório .....	82
<b>CAPÍTULO III – A AMPLA DEFESA .....</b>	<b>94</b>
3.1. A origem contratual do direito de defesa: Hobbes, Locke e Rousseau .....	94
3.1.1. O contrato social: Hobbes, Locke e Rousseau .....	94
3.1.2. O direito de defesa, o contrato social e a dignidade humana .....	116
3.2. Concepção dogmática da autodefesa nos sistemas contemporâneos.....	120
3.3. A defesa técnica no processo penal .....	127
<b>CAPÍTULO IV – O PROCESSO PENAL .....</b>	<b>140</b>
4.1. A natureza jurídica do processo: o processo como relação jurídica e como situação jurídica .....	140
4.1.1. O processo como relação jurídica .....	141
4.1.2. O processo como situação jurídica .....	145
4.2. A natureza jurídica do processo penal.....	154

4.3. Críticas às teorias dominantes e a necessidade do resgate de Elio Fazzalari .....	158
4.3.1. Teoria da relação jurídica.....	158
4.3.2. Teoria da situação jurídica .....	161
4.4. A teoria de Elio Fazzalari.....	167
<b>CAPÍTULO V – PROCESSO E PROCEDIMENTO .....</b>	<b>179</b>
5.1. Legalidade e processo penal .....	179
5.2. Noções de processo e procedimento .....	188
5.3. As tendências contemporâneas do procedimento: as alternativas simplificadoras .....	196
<b>CAPÍTULO VI – A SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA AUTODEFESA E DO CONTRADITÓRIO EFETIVO.....</b>	<b>207</b>
6.1. A retomada dos papéis no processo: o resgate do contraditório e do acusado (autodefesa) – uma injunção constitucional.....	207
6.2. A proposta dos ritos simplificados .....	213
6.3. A estrutura dos novos ritos .....	233
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>258</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>262</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>289</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>306</b>
<b>ANEXO III.....</b>	<b>318</b>



## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo buscar a formulação de uma proposta que possa, de alguma maneira, efetivamente contribuir para a democratização da justiça criminal. Para isso, em um primeiro momento, faz-se um diagnóstico atualizado de alguns elementos fundamentais do sistema criminal: investigam-se as finalidades da pena (entendida esta como a base, a razão de ser, de todo o sistema); o novo paradigma da justiça contratada; as finalidades reais do processo penal e a cultura inquisitória brasileira. Diante de tais resultados, são escolhidos os valores a serem construídos e/ou desenvolvidos dentro do sistema criminal brasileiro como pressupostos para a construção de um ambiente mais democrático, enfrentando-se, então, os temas do processo devido, do contraditório, da ampla defesa e da natureza jurídica do processo penal. Assim, uma vez identificados os problemas e estabelecidos os pressupostos de transformação, pensa-se em um dos aspectos do processo penal que pode ser modificado a ponto de contribuir para o processo de construção de uma democracia processual adequada, consideradas as condições peculiares da maior parte dos acusados no Brasil, qual seja, o procedimento. A proposta de tese, então, é sugerir uma saída desde a simplificação dos procedimentos do processo penal, a fim de que seja possível, efetivamente, assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, entendida esta como autodefesa e defesa técnica.

## RIASSUNTO

La ricerca riguarda la formulazione di una proposta che possa in qualche modo contribuire efficacemente al processo di democratizzazione della giustizia penale. Per tanto, nel primo tempo, è fatta una diagnosi di alcuni elementi chiave del sistema penale: i fini della sanzione (intesa come base, la ragione, dell'intero sistema); il nuovo paradigma di giustizia consensuale; gli veri scopi della procedura penale e la cultura inquisitoria brasiliana. Dinanzi a tali risultati, vengono scelti i valori che saranno costruiti e/o sviluppati all'interno del sistema penale brasiliano come ipotesi per la costruzione di un ambiente più democratico, come i temi del giusto processo, del contraddittorio, della ampia difesa e della natura giuridica del processo penale. Quindi, una volta individuati i problemi e stabiliti le ipotesi di trasformazione, si pensa a uno dei aspetti di procedura penale, che possono essere modificati per punto a contribuire al processo di costruzione di una democrazia processuale opportuna, ritenute le condizioni peculiari della maggior parte degli accusati in Brasile, che è, il procedimento. La proposta di tesi, poi, è suggerire un'uscita dalla semplificazione dei procedimenti penali, alla fine di essere possibile, effettivamente, garantire l'esercizio del contraddittorio e della ampia difesa, intesa come l'autodifesa e difesa tecnica

## ABSTRACT

The present research raises a different proposal that somehow can contribute towards the democratization of criminal justice. At first, for this goal, an up-date diagnosis of some fundamental elements of criminal system is done. It is done a particularly investigation of the penalty purposes (understood as an essential basic of all system); the new contracted justice model; the actual finality of criminal process; and, also, the inquisitorial brazilian culture. With these outcomes, some values are chosen and analyzed in order to build a more democratic context in brazilian criminal system as due process of law, contradictory, self and technical defense, and juridical nature of criminal process. Settled the problems and the prerequisites, it is chosen one of the most peculiar aspects of criminal procedure – the procedeeing – to be investigated and to be changed, specially because of the basic conditions of the majority of brazilian accused. Thus, the tesis proposal is to suggest a simplification of the criminal procedure procedeeings so as to be a possible manner to ensure the contradictory and defense's exercise, viewed, this last one, as self-defense and technical defense.

## INTRODUÇÃO

Iniciar um trabalho de pesquisa justificando a sua necessidade tendo em vista a crise teórica e prática pela qual passa o tema é bastante comum, mas nem por isso menos verdadeiro. Por certo, também neste trabalho, a escolha do tema tem origem certa na crise pela qual passa, já há muito tempo, todo o sistema criminal, em vários níveis. Diante de tantos problemas de ordem teórica e prática, a começar pela falta de embasamento teórico sério para a construção do processo penal, aliada à demora na prestação jurisdicional, ao desrespeito às garantias constitucionais, à falta de comprometimento dos atores envolvidos na persecução penal, à corrupção, à falta de infra-estrutura para funcionamento dos órgãos estatais a contento, à inexistência, em muitos lugares, da Defensoria Pública, dentre tantos outros problemas, imperiosa se faz uma pesquisa que, de alguma maneira, procure contribuir para a transformação do sistema criminal, para que possa ser condizente com um Estado Democrático de Direito.

Como bem ressalta ALBERTO M. BINDER, a superação da crise do sistema criminal pressupõe uma reforma total, a começar pelo estabelecimento das premissas que devem orientá-lo. Para começar, segundo ele, há dois grandes problemas a serem superados: a formulação do sistema criminal distanciado de uma política criminal e a cultura inquisitória ainda presente na América Latina<sup>1</sup>. O atual estado de coisas é maculado, devido às suas premissas tortas, por uma crise de eficiência do sistema criminal (que só “funciona” para alguns, selecionados) e por uma crise da preservação da dignidade humana (rotineiramente ofendida pelo próprio Estado) e, ambas, juntas, trazem uma crise de legitimidade, portanto, do sistema. E essa crise da legitimidade, presente em toda América Latina, segundo o Professor argentino, “afeta profundamente a idéia democrática dentro de nossos Estados, vez que é impossível construir uma democracia se a administração da justiça não é eficiente, se os juízes não têm poder e se os cidadãos não crêem no poder dos juízes”<sup>2</sup>.

Tal realidade (a de crise) não é desconhecida; pelo contrário, é sempre

---

<sup>1</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004. p. 61-64; 199-204.

<sup>2</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004. p. 205-206. (tradução livre)

apontada e debatida, porém, nos últimos tempos, por uma série de razões (várias questionáveis desde o ponto de vista ético), as medidas que vêm sendo tomadas na tentativa de melhorar o sistema penal não têm sido eficazes, justamente porque se esquecem das reais premissas que devem conduzi-las, a ver-se, por exemplo, pelas reformas parciais da legislação processual penal, muito comuns no Brasil, que, sem olhar para o sistema processual penal como um todo, que é, como se bem sabe, essencialmente inquisitório<sup>3</sup>, alteram pontos específicos, com base em uma mentalidade supostamente mais democrática, ficando a legislação uma verdadeira colcha de retalhos e sem possibilidade de ser posta em prática. Consoante adverte precisamente JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, “as reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo”<sup>4</sup>.

No que se refere especificamente ao processo penal, mesmo nos países latino-americanos, de democracias tardias, já é tempo de sedimentar a maior de todas as mudanças, que significa, ao mesmo tempo, o maior dos rompimentos com o passado colonial: o abandono do sistema inquisitório de processo penal ou melhor, do sistema misto, essencialmente inquisitório de processo penal<sup>5</sup>, já que atualmente conta com várias características trazidas pelo princípio dispositivo. Mas isso não bastará para provocar a necessária mudança cultural. Será necessário, ainda, pensar em práticas capazes de efetivar esse sistema de feição acusatória, democrática, participativa. Por isso parece relevante também repensar a tríade da ciência processual penal a partir do novo princípio unificador, ou seja, a partir do princípio dispositivo, como fica a jurisdição, a ação e o processo penal. Certamente essa é uma tarefa a ser feita, mas com muito tempo e cuidado.

FRANCO CORDERO, ao falar da necessidade de reforma do ordenamento processual penal italiano, na década de sessenta do século passado, já advertia que

---

<sup>3</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998. p. 167; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009**, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

<sup>4</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

<sup>5</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998. p. 167.

as mudanças teriam também por objetivo transformações culturais e na ocasião, então, destacou que

nesta seara os homens da ciência têm uma grande responsabilidade: já no plano da especulação desinteressada é difícil sugerir um aparato que seja tecnicamente perfeito ou ao menos o menos imperfeito possível; as dificuldades depois crescem, quando se impõe uma escolha ideológica, de que ninguém pode se furtar quando está em jogo a ordem do processo penal. Segundo a opinião de quem escreve, tanto uma quanto a outra ordem de argumentos induzem a sair do caminho da tradição.<sup>6</sup>

Consoante adverte ainda o referido autor italiano, há alguns valores (por ele chamados de axiomas) que devem ser identificados como base para o processo de reforma: a simplificação do processo (pois existem muitos institutos desnecessariamente complexos e, assim, não funcionais), a estruturação adequada das atividades destinadas à formação do convencimento do juiz, para se reduzir ao mínimo as chances de uma sentença injusta e, ainda, as modificações a serem operadas hão de respeitar as pessoas e devem tratar o acusado como uma delas, operacionalizando, assim, o *actum trium personarum*.<sup>7</sup>

Há que se ter consciência, ainda, que este não é o discurso, nem o conteúdo, das reformas processuais que se costuma ouvir nos últimos anos, seja dos movimentos de direita, seja de parte dos movimentos de esquerda (por conta da chamada esquerda punitiva), os quais, juntos, acabam no final das contas potencializando as funções simbólicas do Direito Penal, produzindo um novo paradigma neocriminalizador.<sup>8</sup> E, consoante adverte SALO DE CARVALHO, “o efeito desta pouca ortodoxa união é o alargamento do sistema penal e a minimização das garantias processuais”<sup>9</sup>. Com efeito,

não obstante a retomada da retórica de efetividade e luta contra a impunidade que gerou o CPP de 1941, as reformas contemporâneas potencializam-se por discursos aparentemente garantistas que, coadunados com o pressuposto eficientista, deflagram um processo de crise na estrutura constitucional de tutela

<sup>6</sup> CORDERO, Franco. La riforma dell'istruzione penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 3, luglio-settembre 1963, p. 125. (tradução livre)

<sup>7</sup> CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: \_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 201-202.

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 36-37.

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 39.

dos direitos e garantias individuais, operando uma inversão ideológica no discurso questionador (garantismo penal). Assim, empregando terminologia própria das correntes humanistas, os arautos das reformas apropriam-se do discurso crítico, afirmando a adoção de uma base teórica mas definindo, na operatividade do sistema, efeitos totalmente diferenciados. Tem-se, pois, evidenciada, a histórica disfunção entre os discursos oficiais e a efetividade prática do sistema.<sup>10</sup>

De qualquer sorte, ciente dos problemas apontados, uma vez constatada a realidade brasileira desigual vivenciada, sobretudo pelas vítimas, elas e os que são a elas solidários devem partir para a transformação da realidade, como defende ENRIQUE DUSSEL:

aquele que opera ético-criticamente *deve* (está obrigado a) libertar a vítima, como participante (por 'situação' ou por 'posição' – diria Gramsci) da própria comunidade a que pertence a vítima, por meio de a) *uma transformação* factível dos momentos que *causam* a negatividade material (impedem algum aspecto da reprodução da vida) ou discursivo-formal (alguma simetria ou exclusão da participação) da vítima; b) *a construção*, através de mediações com factibilidade estratégico-instrumental críticas, de novas normas, ações, microestruturas, instituições ou até sistemas completos de eticidade onde essas vítimas possam viver, sendo participantes iguais e plenos. Tratar-se-ia – como já repetimos com freqüência – de um desenvolvimento, de um 'progresso qualitativo' histórico. Esta obrigação tem pretensão de universalidade; quer dizer, vale para todo ato e toda situação humana. O *interesse libertador* (que se funda na idéia regulativa de uma sociedade sem vítimas – embora se saiba de sua impossibilidade empírica – e, concretamente – e isto, sim, é empiricamente possível –, sem este tipo histórico de vítima, pela qual cada um é empiricamente responsável, e por isso é preciso lutar para que seja possível a sua libertação) move pulsionalmente e abre o horizonte desta obrigação levada a cabo pela *razão libertadora* (*razão ético-crítica* prático-material, discursiva consensual e estratégico-instrumental)<sup>11</sup>.

Todos os que têm condições para tal devem contribuir, sem, no entanto, esquecer-se de que são responsáveis pelo outro, não só quanto à implementação das transformações, mas também quanto aos seus efetivos resultados<sup>12</sup>.

Porém, antes de mais nada, a contribuição deve ser pertinente e não um discurso completamente alijado da realidade a que se refere. Desse modo, em que pese a necessária referência ao que já se tem discutido sobre a eficiência do sistema penal, das funções da pena, dos novos paradigmas de controle social, enfim, é necessário pensar mecanismos teóricos, de aplicação prática, capazes de atender as demandas de uma sociedade ainda arraigada pela cultura colonizadora,

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal:** (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 36.

<sup>11</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação:** na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 565.

<sup>12</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação:** na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 571.

que ainda está a estruturar sistemas de democracia, que faz pouco começou a compreender a existência de direitos individuais e também coletivos que podem e devem ser respeitados, sob pena de que a proposta não passe de uma alternativa utópica que no fundo é, como adverte FRANCO CORDERO, “a melhor maneira de deixar as coisas como estão.”<sup>13</sup>

Quando se fala de sistema criminal, sobretudo, que assim como nos países ditos desenvolvidos produz desigualdade, além daquela já existente desde os primórdios da colonização, cujo principal destinatário é, de regra, justamente o mais fraco dos homens, é preciso pensar em um Direito Penal, em um Direito Processual Penal e em um Direito da Execução Penal possíveis. Possíveis no sentido de, considerada tal realidade, serem capazes de, ainda sim, garantir os valores constitucionais, mesmo em tempos neoliberais, de análise econômica do Direito.

Há vários instrumentos hábeis à conformação de um sistema criminal mais humano e democrático. O presente trabalho, nesse passo, pretende contribuir para essa nova leitura do processo penal, pensando especificamente na reconstrução da estrutura processual a partir de um arcabouço teórico mais afinado com as propostas contemporâneas de um processo penal de garantias.

A idéia fundamental é a de se pensar em mecanismos para efetivação da defesa no processo penal, considerando a realidade brasileira. Uma das propostas, a ser especificamente investigada aqui, é a de se pensar em uma estrutura processual simplificada, capaz de assegurar a efetiva – e adequada – participação da defesa (autodefesa e defesa técnica) e também da acusação no *iter* procedimental, com vistas a mais adequada solução do caso penal, fundada numa concepção mais democrática do processo penal. Por isso, a proposta busca retomar a importância do procedimento em matéria penal e enfrenta os atuais obstáculos (ao menos alguns deles) à efetivação de uma estrutura processual mais democrática, a exemplo da noção questionável de celeridade, que tem sido, nos últimos tempos, fundamento para os mais profundos absurdos processuais penais, com reflexo de uma política criminal de defesa social, que tem, dentre outras coisas, permitido aplicação de pena sem processo.

Adverta-se, desde logo, que a literatura brasileira sobre procedimentos em matéria processual penal é praticamente inexistente, o que denota o descaso

---

<sup>13</sup> CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: \_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 202. (tradução livre)



(intencional ou não) dos estudiosos com esse tema e a falta de vontade de adequar o processo à estrutura constitucional: segue-se com o sistema inquisitório e com a relação jurídica processual. E, em sendo o livro do Professor ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, uma das únicas obras sobre o tema, no Brasil, inevitavelmente em vários momentos a presente investigação dela se vale e procura com o autor dialogar, inclusive porque se trata de um texto escrito com vistas à realidade brasileira.

Para que tudo isso seja possível, no entanto, um difícil percurso há de ser trilhado até que se possa, ao final, propor algo voltado ao objetivo acima traçado, fundadas as idéias nas concepções que serão pontuadas ao longo da investigação, a partir de vários referenciais teóricos, aplicados ao processo penal, com vistas a se buscar a paz doutrinária necessária para, neste tema, ser possível escapar, o mais possível, do casuísmo jurisprudencial.<sup>14</sup>

Tem-se consciência, porém, que o trabalho é deveras árduo e tampouco se tem a pretensão de esgotamento dos temas tratados. Mas a histórica injustiça da estrutura social brasileira (e da latino-americana) faz com que alguns se tornem impacientes e queiram fazer alguma coisa, apesar das dificuldades. Impacientes não em sentido negativo, mas sim como resultado da sensibilidade, da solidariedade e do amor que se tem pelos semelhantes. Impaciência que leva à luta, mas uma luta não violenta, justamente porque para ser legítima deve ser democrática.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O projeto de justiça criminal do novo governo brasileiro. Disponível em [www.direitosfundamentais.com.br](http://www.direitosfundamentais.com.br). Acesso em 13 de junho de 2005, p. 6: "O problema é que quando não há uma mínima paz doutrinária, é do lugar do *poder* que acabam vindo, em *ultima ratio*, as normas, como expressão das regras contidas na lei. A *jurisdição*, da sua parte, faz o seu papel e, naturalmente, em face do vazio criado acaba por construir um saber fragmentado e, não raro, em descompasso com a Justiça. Seria de estranhar, porém, se assim não fosse. Os homens são construídos pela história mas a constroem também, refletindo seu tempo. São homens, afinal; não máquinas. E como tal decidem – por mais que se queira evitar – casuisticamente. O resultado de tudo isso é palpável (*re non verbis*): as prisões seguem lotadas de pobres e vazias de ricos quando, em verdade, deveriam albergar os culpados; e só eles, qualquer que fossem. Além do mais, com uma base teórica extremamente carente, por razões históricas – entre outras – importou-se do Direito Processual Civil muitos elementos que não têm qualquer serventia no Direito Processual Penal, a não ser a de ajudar a confundir ainda mais e manter o *status quo*, como que fornecendo uma camisa-de-força da qual não se consegue desvencilhar o modelo."

<sup>15</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004. p. 308.

## PARTE I – OS FUNDAMENTOS

### CAPÍTULO I – A CRISE DO SISTEMA CRIMINAL

#### 1. A crise do Sistema Penal – aspectos relevantes da crise do Direito Penal

##### 1.1. As funções perdidas da pena

De início, uma ressalva se mostra fundamental, justamente para não só justificar a sequência das análises empreendidas no presente trabalho, mas, sobretudo, para deixar bastante claro o fundamento primeiro de todas as investigações que envolvem a esfera criminal. MASSIMO PAVARINI, com propriedade, é que apresenta este alerta, ponderando que não é possível esquecer que os fundamentos científicos de uma teoria do crime se encontram na teoria da pena, a qual é capaz de estabelecer qual é a sua natureza, suas espécies e finalidade. “Neste sentido”, afirma, “deve ser lembrada a circunstância, por certo não fortuita, que o nosso sistema é justamente de direito ‘penal’ e não ‘criminal’, razão pela qual a obra clássica de Beccaria deveria sofrer uma correção para tornar-se *‘Das penas e dos delitos’*”.<sup>16</sup>

Assim, qualquer tese envolvendo o Direito Penal, o Direito Processual Penal ou mesmo o Direito da Execução Penal, pressupõe uma investigação sobre a pena, razão de ser de todas essas ciências. É em razão dela, da pena, que todo o sistema criminal deve ser pensado e estruturado (ainda que seja por uma visão negativa dela, como quer ZAFFARONI), de modo que, de maneira coerente, a finalidade última (ainda é) seja atingida, qual seja, a aplicação ou não e execução, no primeiro caso, da pena. Claro, embora seja, em tese, o último momento, é ela que deve reger os momentos anteriores. Não no sentido maquiavélico de que os fins justificam os

---

<sup>16</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 27. (tradução livre)

meios, é verdade, mas tão-somente compreendida como de fato o fundamento de tudo. Há, sem dúvida, uma relação necessária entre todos esses elementos: pena, crime, processo.

E, se essa relação necessária existe, também é certo que, em sendo um verdadeiro sistema criminal, tais elementos se organizarão de maneira uniforme e coerente, de modo que, a depender da concepção de pena que se adote, disso dependerá a Política Criminal do Estado, a formulação do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito da Execução Penal, resultando em que uma concepção conservadora e antidemocrática da pena leva a uma Política Criminal de lei e ordem, com reflexos da mesma ordem no Direito Penal, no processo penal e na execução da pena.

Por isso é tão necessário conhecer as teorias sobre a pena, desde a pré-modernidade até as mais atuais, justamente para que se possa ter, afinal, uma melhor compreensão do todo (ainda que sempre parcial, como já disse, por exemplo, FRANCESCO CARNELUTTI<sup>17</sup>) e poder pensar, com mais seriedade, as partes. É preciso investigar o critério fundante da legitimação do castigo penal, trazendo para a ciência dogmática o que durante muito tempo dela se afastou e que trouxe para ela sérios prejuízos: a propedêutica das ciências criminais. É o rigor que exige o pensamento científico que, como tal, em se tratando de ciências humanas, não se submete à demonstração, mas sim à argumentação – é razoável ou desarrazoado, como já disse há muito tempo, por exemplo, CHAÏM PERELMAN<sup>18</sup>. Dito de outro modo, não há certo e errado e muito menos análises eternas e absolutas, mas certamente se exige que a investigação seja coerente com os fundamentos adotados. Eis a razão de, nesse momento, ser realizada uma análise (ainda que sumária) das teorias da pena.

Analisando os fins da pena, MASSIMO PAVARINI adverte que há, em princípio, dois modos de investigá-los: um filosófico e outro sociológico. O primeiro é

---

<sup>17</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965.

<sup>18</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**. v. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 02: “la nature même de la délibération et de l'argumentation s'oppose à la nécessité et à l'évidence, car on ne délibère pas là où la solution est nécessaire et l'on n'argumente contre l'évidence. Le domaine de l'argumentation est celui du vraisemblable, du plausible, du probable, dans la mesure où ce dernier échappe aux certitudes du calcul.” “a própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, já que não se delibera lá onde a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O âmbito da argumentação é aquele do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa das certezas do cálculo.” (tradução livre)

ideológico e procura atribuir um fim à pena; o segundo se preocupa, por sua vez, com as funções efetivamente realizadas pelo sistema das penas legais, ou seja, preocupa-se com as funções reais da pena<sup>19</sup>.

Desde o ponto de vista sociológico, a que ele chama de sociologia do Direito Penal, as penas servem, como outras instituições da socialização, à manutenção da diferenciação dos indivíduos, de instrumento de controle social: “as normas do direito não apenas se aplicam seletivamente, refletindo as relações desiguais existentes, mas o sistema das penas exercita também uma função seletiva de produção e reprodução da desigualdade.”<sup>20</sup> A leitura sociológica evidencia a necessidade da pena como instrumento necessário à manutenção da estrutura desigual, vertical, da sociedade, pensado de forma a agir, principalmente, sobre as suas camadas mais vulneráveis.<sup>21</sup> Esta é a leitura que faz o Professor italiano da pena moderna<sup>22</sup>, especialmente. Também é, ao que parece, a proposta de EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI, com a teoria agnóstica da pena<sup>23</sup>, do que se falará mais adiante.

Há, no entanto, a leitura tradicional, o discurso tradicional sobre as penas, que se dá desde o ponto de vista filosófico: nesta seara, a pena, ao revés, é analisada como um dever-ser.<sup>24</sup> Esta análise é feita através de teorias que supõe a que serviriam as penas e os efeitos que seriam capazes de causar no corpo social. Por isso são sempre ideais. Ao mesmo tempo, referem-se às funções manifestas das penas. São teorias positivas das penas.<sup>25</sup> E essas funções manifestas do castigo penal são sempre variações da função geral de defesa social, mesmo as chamadas teorias absolutas, que são capazes de atingir a defesa social ainda que

<sup>19</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 3.

<sup>20</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 4. (tradução livre)

<sup>21</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 4.

<sup>22</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 3.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>24</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 3.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

indiretamente, a exemplo da proposta de KANT acerca da finalidade ética da pena.<sup>26</sup>

Esses modelos que procuraram legitimar o poder punitivo aparecem traduzidos em várias teorias. Apesar de poderem ser apresentadas de distintas formas, são comumente agrupadas, desde o século XIX, em teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas.<sup>27</sup>

As *teorias absolutas* da pena a entendem como um fim em si mesmo. São as teorias que marcaram a história pré-moderna da pena, embora estejam sempre em discussão. Como afirma JUAREZ CIRINO DOS SANTOS,

a sobrevivência histórica da pena *retributiva* – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular *função* atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como *expição* de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para *purificar* a alma do condenado; a pena como *compensação* de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo.<sup>28</sup>

Tais teorias fundamentam-se na pena como retribuição ao mal causado, seja desde um ponto de vista antropológico (regida pela lei de Talião), seja desde um ponto de vista religioso (tradição judaico-cristã ocidental), seja desde um ponto de vista filosófico, da filosofia idealista ocidental, representada, sobremaneira, por KANT e HEGEL, seja do ponto de vista jurídico, que determina a consideração da retribuição na aplicação da pena.<sup>29</sup>

Para KANT, a pena deve ser sempre aplicada por uma questão de justiça àquele que praticou algum mal. Assim,

ainda que a sociedade resolva dissolver-se pelo consentimento de todos os seus membros, como é o caso, por exemplo, de um povo que morasse em uma ilha, decidindo abandoná-la e dispersar-se, deveriam, antes, executar o último assassino que estivessem (*sic*) em seu cárcere, para que cada um sofra a pena de seu crime. Em caso contrário, o crime de homicídio recairá sobre o povo que deixou de aplicar o castigo.<sup>30</sup>

Para HEGEL, o crime nega o direito e a pena, então, como reação ao crime, seria a negação da negação do direito, ou seja, sua afirmação. A pena, logo, tem o

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 115.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. v. I. Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 83.

<sup>28</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 456. (destaques no original)

<sup>29</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 456.

<sup>30</sup> BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 282.

condão de reafirmar o ordenamento violado pela prática do delito.<sup>31</sup>

O interessante é que imprimem, à pena, essa noção necessária de proporcionalidade entre a conduta e a sanção a ser cumprida. Como lembra ZAFFARONI, para as teorias retributivas, “há uma necessidade inafastável de que a cada culpa corresponda uma pena. No lugar do ‘não há pena sem culpabilidade’ (princípio da culpabilidade), implicam o ‘não há culpabilidade sem pena’”.<sup>32</sup>

Neste passo, explica SERGIO MOCCIA, o fundamento lógico da sanção está no passado (o crime praticado) e sua função está no futuro, na retribuição pelo mal causado (o que é percebido, também, nas teorias relativas).<sup>33</sup>

E, em que pese, como dito, a retribuição de uma certa forma nunca ter sido abandonada definitivamente pelos autores que se dedicaram ao tema, uma das maiores críticas feita especialmente à vertente kantiana foi a aproximação entre a ética e o direito, entre a moral e o direito<sup>34</sup>, discussão essa na qual não se adentra no presente trabalho. Ademais, pode-se falar mesmo de uma crítica jurídica ao discurso da retribuição, porque ao pregar a compensação de um mal por outro mal é, em verdade uma crença, um ato de fé, como explica JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, por isso não é democrático e muito menos científico:

não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a *retribuição* do crime pressupõe um dado indemonstrável: a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no *juízo de culpabilidade* – e presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o *poder de agir de outro modo* de WELZEL, ou a *falha de motivação jurídica* de JAKOBS, ou mesmo a moderna *dirigibilidade normativa* de ROXIN –, não admite prova empírica. Assim, a pena como *retribuição* do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o *mito da liberdade* pressuposto na culpabilidade do autor.<sup>35</sup>

As *teorias relativas*, por sua vez, dão efetiva finalidade à sanção penal e se preocupam, precipuamente, em evitar delitos futuros.<sup>36</sup> Elas podem ser classificadas

<sup>31</sup> BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 282.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. v. I. Cuarta reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 84. (tradução livre)

<sup>33</sup> MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica**. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 30.

<sup>34</sup> Como alerta, por exemplo, Moccia. MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica**. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 35 e ss.

<sup>35</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 457. (destaques no original)

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. v. I. Cuarta reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 85.

em teorias da prevenção geral (positiva e negativa) e teorias da prevenção especial (também nas vertentes positiva e negativa) e encontraram no Direito Penal moderno grande repercussão. Isso porque, para o Direito Penal moderno, a pena se justifica a partir de um critério de utilidade.<sup>37</sup>

A prevenção geral, como visto, pode ser de cunho negativo ou positivo. A *prevenção geral negativa*, cujo expoente foi LUDWIG FEUERBACH, atende à idéia originária de dissuasão. O objetivo da pena é intimidar as pessoas, fazendo com que elas tenham medo de praticar crimes.

MOCCIA, examinando o pensamento de FEUERBACH, explica, em síntese, que, para este,

a ação delitiva está determinada por motivos que constituem os objetivos da vontade e tendem a satisfazer interesses do sujeito agente; o delito, então, constitui um meio para procurar um prazer em benefício de quem o comete. Segundo Feuerbach, para evitar que se cometam fatos delitivos, é necessário que a representação do prazer relacionado com a conduta delitiva se contraponha à representação de uma dor, delineada na lei como consequência segura e inderrogável da própria conduta e de intensidade superior ao eventual prazer derivado do cometimento do delito. Esta perspectiva deveria fazer surgir, para os demais, o melhor dos possíveis delinquentes, tal o temor que inibiria todo propósito delitivo; isto é, como já dito, dever-se-ia realizar uma coação psicológica, com o resultado de prevenir, no geral, o cometimento de delitos.<sup>38</sup>

Segundo MASSIMO PAVARINI, de fato a confiança na capacidade de prevenção negativa da pena reside numa leitura economicista do agir humano. Haveria, na esteira do *homo aeconomicus*, um *homo penalis*, capaz de prever e calcular os custos do agir ilícito, de modo a concluir ser mais cara a pena do que o crime. Daí a razão de se estabelecerem penas tão rigorosas, para que nunca o cálculo a ser feito permitisse a escolha pela prática do crime<sup>39</sup>. Todavia, adverte não

<sup>37</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 4.

<sup>38</sup> MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica**. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 42-43. (tradução livre) Neste momento, nestas mesmas páginas, Moccia explica, inclusive, o papel da lei penal para Feuerbach e do princípio da legalidade, deixando clara a preocupação do autor alemão não só com a pena em si, mas também com as garantias daquele que comete delitos. Daí a célebre menção feita por Von Liszt, do princípio da legalidade como a Carta Magna do delinquent, muito mais do que do cidadão.

<sup>39</sup> De certa forma, isso tem mesmo razão de ser, pois, de fato, as pessoas fazem mesmo esse raciocínio. Não há como fechar os olhos para isso. E o exemplo maior dessa realidade são as infrações de menor potencial ofensivo, cujo cometimento, para as pessoas, no sentido vulgar, não leva a mais do que o pagamento de uma cesta básica. Eis o problema da criminalização de condutas que não deveriam ser criminalizadas. Por isso a importância de um Direito Penal que só incida quando efetivamente necessário e, quando isso se dá, por certo que não se estará diante de penas leves. Não que a idéia seja o terror sancionatório, mas certamente penas adequadas para condutas que se entendeu devem ser criminalizadas.

passar a prevenção geral negativa de uma intenção, um dever-ser, já que sociologicamente nunca foi possível confirmar, a contento, a relação entre as taxas de criminalidade e severidade das penas.<sup>40 41</sup>

Da mesma forma se manifestam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR. Para eles, esse discurso está liberto de qualquer consideração ética e traz consigo uma

concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo.<sup>42</sup>

Mas, ao contrário da intenção original, a criminalização secundária também incide, operando seletivamente e, ao invés de dissuadir os delitos, tem o condão apenas de demonstrar a inabilidade dos criminosos na execução dos crimes. Em outras palavras, aqui a seletividade funciona como um estímulo para o aperfeiçoamento do criminoso, recomendando um maior requinte na prática dos crimes. Além disso, há outros exemplos que afastam essa função de intimidação, como nos casos de crimes cometidos pelos não vulneráveis, pelos fanáticos, pelos que agem motivados pelos possíveis ganhos patrimoniais de altas somas, etc.<sup>43</sup> E, na mesma esteira de PAVARINI, afirmam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que esse discurso legitima, no plano político e teórico, a aplicação de penas sempre mais graves, já que não se obtém nunca a dissuasão total. Em suma,

<sup>40</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 8.

<sup>41</sup> Talvez essa comprovação não seja possível porque aqueles que se sentem intimidados não praticam crimes. O medo causado pela possibilidade de punição é algo sentido no espírito de cada um e, de regra, possuem temor, pelas mais diferentes razões, não necessariamente religiosas, os homens incapazes de praticar qualquer ação ilícita. Evidentemente que são indivíduos, ricos ou pobres, que podem escolher. Assim ensaiam também ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118: "Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um *panpenalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura. A imensa maioria das pessoas evita as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversificada quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária. Existe uma prevenção geral negativa, ultrapassante do mero sistema penal que é, porém, fruto da cominação de sanções éticas e jurídicas não-penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provêm da lei penal."

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.



o crime pode levar à idéia de que se lesa, em última instância, o Estado.<sup>44</sup>

Segundo MASSIMO PAVARINI, a maior contribuição do pensamento filosófico dos Setecentos foi justamente ter feito a diferenciação entre *pena em abstrato* e *pena em concreto*. A pena, considerada abstratamente, procura legitimar, ao menos formalmente (já que se resume a afirmar que a pena deve seguir a violação da lei, deixando em aberto, ainda, a questão do fim da pena), a atividade do Estado de punir em prol da manutenção da ordem social. Ela é útil para dissuadir os indivíduos da prática de crimes. Responde, assim, num primeiro momento, à questão: por que o Príncipe tem o direito de punir? Ela serve, logo, à prevenção geral.

E, ademais, desde o ponto de vista concreto, a pena deve ser justa, ou seja, proporcional ao mal causado. O critério em jogo, logo, é outro, pois a questão a ser respondida também é diversa, qual seja, quanto deve um indivíduo receber de pena pelo seu ato ilícito? Admite-se, então, a vinculação do indivíduo à medida de sua pena, visto que deve ser proporcional à sua culpa, resultando a pena merecida não só de um critério objetivo (o crime deve ser punido com uma pena proporcional<sup>45</sup>), mas também de um critério subjetivo.<sup>46</sup> Essa afirmação da secularização do Direito Penal deixa bastante claro que “não se censuram fatos ilícitos, mas sim se reprovam os seus autores; não se punem as condutas criminais, mas apenas os seus culpados.”<sup>47</sup> Sobre isso também falam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, criticando, em síntese, a proposta da prevenção geral negativa:

a teoria se complica ao extremo quando quer prevenir-se contra o terrorismo de estado ao qual conduz sua lógica interna e busca o limite na retribuição, pois deve decidir o que pretende retribuir. Ater-se ao conteúdo do injusto, como indicador único, não é suficiente, pois vêm à baila os problemas da respectiva compreensão

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 119.

<sup>45</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**. n. 1, 1983, p. 5: “La razionalizzazione del ‘principio del taglione’ viene in questo caso condotta sul piano della pena in concreto in cui l’esigenza di fondazione non può più dedursi da un universale di giustizia, ma solo su quello della volontà colpevole. La pena giusta ‘in concreto’ è pertanto la pena meritata perché, potendo il bene, ho voluto il male e quindi – come essere libero – non posso che volere la pena.” “A racionalização do ‘princípio de talião’ vem neste caso conduzida sobre o plano da pena em concreto, na qual a exigência de fundamento não pode mais ser deduzida de um universal de justiça, mas apenas da vontade culpável. A pena justa ‘in concreto’ é então a pena merecida porque, podendo o bem, quis o mal e assim – como ser livre – não posso senão querer a pena”. (tradução livre)

<sup>46</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 4-6.

<sup>47</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Martina, 2007, p. 27. (tradução livre)

e de motivações mais ou menos perversas, razão pela qual tem de concluir que deve retribuir à culpabilidade.<sup>48</sup>

Retribui, todavia, não à culpabilidade pelo ato, mas a do autor, ou seja, o indivíduo será punido pelo que é, pela sua conduta de vida até então, o que transforma o controle penal em controle ético da vida dos cidadãos e a lesão jurídica passa a ser uma ofensa ética, de uma moral imposta pelo Estado. “Fica a descoberto seu caráter verticalista, hierarquizante, homogeneizador, corporativo e, por conseguinte, contrário ao pluralismo próprio do estado de direito e à ética baseada no respeito do ser humano como pessoa.”<sup>49</sup>

A *prevenção geral positiva*, a seu turno, justifica a pena pela necessidade de estabilização do sistema social, de reafirmação da crença nas instituições. A pena serve, assim, como instrumento de orientação e institucionalização das expectativas.<sup>50</sup> A criminalização dos indivíduos surte um importante valor simbólico “produtor de consenso e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*.”<sup>51</sup> Com a criminalização de certas pessoas, “a opinião pública é normatizada e renormatizada”<sup>52</sup>, a fim de se buscar o imprescindível consenso para verificação da coesão social.

Como consequência, o que se tem é uma valorização do corpo social em detrimento da valorização dos indivíduos, ou seja, a prática do crime interessa muito mais à maioria. Pune-se, então, porque se violou a norma e se pôs em perigo a confiança dos associados.<sup>53</sup>

Disso se pode concluir que se na prevenção geral negativa a pena se preocupa apenas com aqueles potenciais criminosos, na prevenção geral positiva a pena se expande para fazer frente às ameaças ao sistema social. E, se assim é, a pena dessa forma justificada pode ser verificada sociologicamente, já que

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 120.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121.

<sup>50</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 8-9.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121. (destaques no original)

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 122.

<sup>53</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 8-9.

efetivamente é capaz de produzir – ainda que nem sempre – estabilidade social.<sup>54</sup> De qualquer sorte, as duas versões da prevenção geral não estão tão distantes uma da outra, pois

enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os.<sup>55</sup>

Indicam, de maneira clara, ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR os perigos trazidos pela adoção da prevenção geral positiva:

o direito penal baseado nessa teoria propõe às agências judiciais que imponham penas por obras delituosas toscas – que se tornam conhecidas e, desse modo, ferem a confiança no sistema – mas que se abstenham de fazê-lo nos casos desconhecidos, como necessariamente acontece na prática. A medida da pena para esse direito penal seria aquela adequada para *renormatizar* o sistema, criando consenso, embora o grau de desequilíbrio nele considerado não dependa da conduta do apenado nem de seu respectivo conteúdo injusto ou culpável, mas sim da credulidade dos outros. A lógica da prevenção geral positiva indica que, em um sistema bastante desequilibrado devido às suas falhas, à injustiça distributiva, às carências da população, à seletividade do poder etc., a confiança naquele, por intermédio da criminalização, exige penas eventualmente atroz e recursos de investigação inquisitoriais, desde que proporcionem resultados nos casos que suscitam preocupação por causa de sua capacidade desequilibrante: a tendência será privilegiar a suposta eficácia e eliminar qualquer consideração limitativa nos casos mais visíveis, e ao mesmo tempo desinteressar-se pelo restante dos casos não divulgados pela comunicação. A prevenção geral positiva observa, em certa medida, dados que são reais, porém sua falha mais notória é de natureza ética: legitima o que acontece pelo simples objetivo de que continue acontecendo, pois não passa disso reforçar positivamente o sistema, elevado assim a um valor supremo e imutável.<sup>56</sup>

MOCCIA alerta, de forma interessante, que o problema dessa teoria, a qual chama de integradora, não está propriamente no fato de que pretende formar consensos na sociedade, vez que isso é, em suma, a razão de ser de todo o ordenamento jurídico (que se preocupa, sempre, em obter adesão de todos). O problema está nos valores que são escolhidos e sobre os quais se busca o consenso.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 8-9.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 122.

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 123-124. (destaques no original)

<sup>57</sup> MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica**.

Se o fim da pena é evitar a reincidência e tem, portanto, como destinatário o violador da norma, fala-se em *prevenção especial*. Esta também tem uma versão positiva e outra negativa.

Analisando especificamente as propostas das teorias, para a *prevenção especial positiva*, aquele que comete crime “pertence a uma minoria fortemente marcada por atributos negativos de sociabilidade.”<sup>58</sup> São indivíduos com déficits econômico, cultural, intelectual, tal a sugestão positivista do *homo criminalis*. A pena, então, serve para corrigir esse indivíduo, reeducando-o e o ressocializando e o faz para devolvê-lo à sociedade como um ser determinado pela legalidade<sup>59</sup>. A prática de crimes nada mais seria do que o sintoma de tal inferioridade do indivíduo e legitimaria, então, a aplicação do “benéfico remédio social da pena”.<sup>60</sup>

Essa finalidade terapêutica da pena é muito criticada, para começar porque pretende fazer o bem causando intencionalmente o mal. Ademais, tal proposta confunde ética e direito, é impraticável numa sociedade plural e conflituosa e até mesmo temível, porque, para MASSIMO PAVARINI, seria capaz inclusive de evocar fantasmas orwellianos.<sup>61</sup>

Ainda, conforme advertem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, as chamadas ideologias *re* (ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação<sup>62</sup>) podem tornar a intervenção punitiva ilimitada, sob a desculpa de se fazer o bem. Assim,

como a intervenção punitiva é um bem, não é preciso definir com muita precisão seu pressuposto (o delito), bastando uma indicação orientadora geral. No plano processual, não seria igualmente necessário um enfrentamento das partes, tendo em vista que o tribunal assumiria uma função tutelar da pessoa para sanar sua inferioridade. A analogia legal e seu correlato processual – a inquisitorialidade – seriam instituições humanitárias que superariam os preconceitos limitadores da legalidade – acusatoriedade e defesa plena –, os quais careceriam de sentido enquanto obstáculos ao bem da pena, que cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do *corpo social*, cuja saúde, como expressão

---

Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 57-58.

<sup>58</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 10. (tradução livre)

<sup>59</sup> Reeducação que pode assumir diversas modalidades: para moralidade, para legalidade, para autodeterminação. Ver PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p.16-23.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 127.

<sup>61</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 10.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 126.

da saúde de todas as células, é o que interessaria em última análise. É evidente que com esse discurso o estado de direito é substituído por um estado de polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivismo criminológico) ou ético-idealista (correcionalista).<sup>63</sup>

Na prática, a prevenção especial positiva não teve sucesso. Mesmo nos países que investiram muito nos programas de tratamento dos encarcerados não houve como comprovar empiricamente a diminuição da reincidência como resultado da reeducação.<sup>64</sup> Pelo contrário, o que fizeram as ciências sociais foi justamente comprovar o quão danoso é o cárcere. Provou-se, por exemplo, que o risco de homicídio e suicídio dentro das prisões é dez vezes superior ao que está submetido alguém que vive em liberdade, além de todos os outros males (sempre potencializados) a que está sujeito o recluso.<sup>65</sup>

Explica MASSIMO PAVARINI que essa forma de justificação da pena ocorre na segunda fase da pena moderna, porém, o que houve foi, quanto à pena em concreto, o abandono de quaisquer critérios objetivos, informada sobremaneira pela ascensão da prisão, do cárcere, ao *status* de pena. Além disso, sentiu-se necessário também dar uma finalidade à pena *in concreto*.<sup>66</sup> Isso permitiu, segundo MASSIMO PAVARINI, que as novas exigências de disciplina e controle da marginalidade social fossem atendidas pela execução dessa modalidade de pena, que era capaz de atender, inclusive, a um fim utilitário, refletindo um verdadeiro processo pedagógico. Assim, a pena privativa de liberdade permitia reunir dois importantes elementos, a proporcionalidade da medida (o que afirmava o princípio da igualdade) e ainda a possibilidade de transformação do indivíduo em um cidadão honesto e trabalhador. “Em suma: uma pena justa com conteúdo de utilidade.”<sup>67</sup>

Nesse novo projeto, que procura conciliar o inconciliável, ofusca-se, como consequência, o sentido do critério retributivo (desaparecendo, logo, qualquer limite à pena<sup>68</sup>), visto que se o objetivo é recuperar, uma vez transformado o condenado,

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 127. (destaques no original)

<sup>64</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 10.

<sup>65</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 126.

<sup>66</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica**. n. 1, 1983, p. 7.

<sup>67</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 6-7. (tradução livre)

<sup>68</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo.

não tem sentido mantê-lo preso, ainda que, a rigor, reste tempo de pena a cumprir<sup>69</sup>. Aparece, então, neste momento, a necessidade de um novo fundamento da pena: a prevenção especial.<sup>70</sup>

Esta crise causada por essa nova visão da pena de prisão e a ascensão da prevenção especial encontram um importante aliado: o pensamento criminológico positivista de formação médico-psiquiátrica. Cada vez mais, assim, a aplicação da pena deixa de levar em conta a culpa e passa a considerar a periculosidade do agente, com vistas a seu comportamento futuro.<sup>71</sup>

Afirma-se o modelo de justiça correcional (inaugurado em 1870, com a *New Penology*<sup>72</sup>), o que DAVID GARLAND chama de previdenciário penal<sup>73</sup>, e a pena é orientada à reeducação do condenado. Tal modelo foi aplicado nas democracias ocidentais influenciadas pelo estado de bem estar social, e significou o sepultamento definitivo do modelo retribucionista<sup>74</sup>. E, mais do que isso, tendo em vista essa nova preocupação, e diante da falência já sabida do cárcere, começaram a ser pensadas alternativas à pena de prisão, que melhor se adequassem a tal finalidade.<sup>75</sup> Tais penas e medidas alternativas, advirta-se desde já, se por um lado retiraram pessoas do cárcere, por outro permitiram a expansão do controle social<sup>76</sup>, inclusive por meio

**Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 8.

<sup>69</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 7.

<sup>70</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 7.

<sup>71</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 7.

<sup>72</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 11.

<sup>73</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 104 e ss.

<sup>74</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 12.

<sup>75</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 7-8.

<sup>76</sup> Conforme sustenta MARIA LÚCIA KARAM, ao abordar o tema das penas alternativas: “Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas ‘orwellianas’ câmaras de vídeo, expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social. Esta, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, necessita, por um lado, alcançar um número crescente dos excluídos da produção e do mercado, que mesmo a notável expansão registrada na estrutura carcerária nos últimos anos não consegue abarcar. Por outro lado, a nova disciplina social serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adentra para a obediência e a submissão à ordem vigente. [...] O papel das chamadas penas alternativas, neste sentido da extensão do controle social formal, da execução ampliada da nova disciplina social, pode ser claramente verificado, trabalhando-se, mais uma vez, com o exemplo norte-americano. Nos Estados Unidos da América, ao lado dos mais de dois milhões de presos, há cerca do dobro de pessoas,

de programas assistenciais<sup>77</sup> e reafirmaram, consoante MASSIMO PAVARINI, a crença na reeducação.<sup>78</sup> Por outro lado, no final das contas, liberado estava o cárcere de qualquer função de prevenção especial, que ocorria, agora, fora dele.<sup>79</sup>

De uma maneira geral, então, a pena moderna, como pena útil, sempre se dedica a um fim de prevenção, de defender a sociedade dos delitos. Essa prevenção, no entanto, pode assumir duas feições, como dito, geral ou especial. Diz-se geral se se preocupa em evitar coletivamente a prática de crimes, e especial se se preocupa individualmente com a não reincidência do condenado.<sup>80</sup>

Para a *prevenção especial negativa*, finalmente, destinam-se as teorias da incapacitação ou da neutralização, que pregam, em síntese, que a única forma de evitar o crime é impedindo-o materialmente. Não se preocupa em reintegrar o condenado, mas, antes, de excluí-lo definitivamente. Há vários instrumentos para tanto, por exemplo, a pena de morte, a pena perpétua, monitoramento eletrônico à distância, castração química, dentre outros. Tal fundamentação, no entanto, não pode ser aceita em um sistema penal de feição liberal-democrática.<sup>81</sup> Isso porque o impedimento material de agir fere o próprio conceito de pessoa que vem exposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>82</sup> e também na Convenção Americana

submetidas a medidas alternativas, como a *probation*, ou em livramento condicional (*parole*), registrando-se, também em relação a tais medidas, o mesmo desmedido crescimento verificado relativamente à pena privativa de liberdade.” **Juizados especiais criminais:** a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32-33.

<sup>77</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 13: “[...] tanto più si mostrava mezzo inidoneo rispetto allo scopo – la pena carceraria non può essere risocializzante – tanto più si giustificava un intervento penale ‘fuori’ dal carcere. È chiaro che questo processo di dilatazione di pratiche di controllo di tipo non istituzionale finirono poi – con gli anni quaranta e cinquanta – con il realizzarsi attraverso le strutture assistenziali del nuovo stato sociale. Il penale perdeva pertanto la sua originaria specificità per diventare un segmento di un *continuum* disciplinare nella nuova politica del controllo nello stato del *welfare*.” “quanto mais se mostrava meio inidôneo quanto ao fim – a pena carcerária não pode ser ressocializante – mais se justificava uma intervenção penal ‘fora’ do cárcere. É claro que este processo de dilatação de práticas de controle de tipo institucional acabaram, pois, – com os anos quarenta e cinquenta – realizando-se por meio de estruturas assistenciais do novo estado social. O penal perdia então a sua especificidade originária para se tornar um segmento de um *contium* disciplinar na nova política de controle no estado de bem-estar.” (tradução livre)

<sup>78</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 7.

<sup>79</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 15.

<sup>80</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 8.

<sup>81</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 11.

<sup>82</sup> Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião

sobre Direitos Humanos<sup>83</sup>, pois nega ao homem sua autonomia ética de se comportar conforme seu entendimento. Na verdade, “a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso atual horizonte cultural.”<sup>84</sup>

Em complemento, é necessário ao menos mencionar a existência das chamadas teorias unificadas ou mistas sobre a pena. Basicamente, o que fazem essas teorias é mesclar os elementos das chamadas teorias puras, acima identificadas. Assim, a pena representa uma combinação entre as funções manifestas de retribuição e prevenção, geral e especial. Haveria, então, uma tríplice função da pena:

a função de prevenção geral negativa corresponde à *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação* judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à *execução* penal.<sup>85</sup>

E são estas concepções unificadas que, basicamente, encontram-se na legislação e também na jurisprudência penal ocidental contemporânea.<sup>86</sup> No Brasil, por exemplo, fica clara a opção pela teoria unificada, tal se pode verificar do Código Penal (art. 59<sup>87</sup>) e da Lei de Execuções Penais (art. 1º, Lei 7.210/84<sup>88</sup>). As críticas

política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI. Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

<sup>83</sup> Art. 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>84</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 128.

<sup>85</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 465.

<sup>86</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 464.

<sup>87</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;



direcionadas a tal visão unificadora são exatamente as mesmas apontadas nas versões puras. Em outras palavras, a mistura das teorias não foi capaz de afastar os seus defeitos.

Ademais, a par das tradicionais teorias da pena, por si só criticáveis, há elementos da atualidade dos sistemas penais que não podem ser ignorados. Uma característica atual dos sistemas penais é a cada vez maior preocupação com a gestão administrativa da questão penal. Torna-se mais freqüente, inclusive, o uso de uma linguagem muito mais técnica, informada pela busca da eficiência e preocupada com os riscos:

a gestão administrativa da pena começa já a falar uma outra língua: não mais aquela de punir os indivíduos, mas de gestionar grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correcional, mas aquela burocrática de como otimizar recursos escassos, na qual a eficácia da ação punitiva não é mais em razão dos escopos externos ao sistema (educar, intimidar) mas em razão de exigências intra-sistêmicas (reduzir os riscos).<sup>89</sup>

Além disso, o que se percebe é uma cada vez maior flexibilidade da pena na fase de execução: a pena cumprida quase nunca é aquela aplicada na sentença.<sup>90</sup> No início, a justificativa de tal flexibilização era a finalidade especial preventiva da pena. Com o tempo, no entanto, passou a ser feita por outro fundamento, a premiação. E tal conduta evoluiu a ponto de, na Itália, significar mesmo uma verdadeira renúncia do Estado ao poder de punir nos casos de colaboradores delatores da criminalidade organizada.<sup>91</sup> Houve na Itália, por certo, com as reformas de 1975, 1986 e 1998, uma desintegração do sistema sancionatório clássico, transformando o sistema de justiça em um sistema desigual e especial:

o reformismo penitenciário contribui, assim, a tornar definitivo o processo de

---

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>88</sup> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

<sup>89</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 22. (tradução livre)

<sup>90</sup> Eis aqui um ponto de grande preocupação. Em sendo a pena o efeito principal da sentença condenatória, a qual, por sua vez, é atingida pela qualidade de imutabilidade da coisa julgada, ainda que formal, como explicar essa possibilidade de modificação após a sentença? Em não sendo imutável a condenação em si, que pode ser revertida pela Revisão Criminal, e nem mesmo a pena, há como sustentar coisa julgada em sede de condenação criminal? Estas, porém, são reflexões que ficam para uma outra oportunidade.

<sup>91</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p.44-47.

desintegração do sistema sancionatório clássico. Uma razão estrutural e uma contingente privilegiam a fase executória na produção do novo sistema das penas: aquela estrutural, que em cumprimento ao critério da implementação por baixo da decisão, sugere que seja o segmento final (ou seja, aquele da execução) a procurar de maneira contingente um equilíbrio entre instâncias de política criminal diversas e contrastantes não resolvidos na origem; aquela contingente, que encontra, ao menos num primeiro momento, na ideologia especial preventiva, o álibi para justificar a mais ampla discricionariedade na produção de um direito penal desigual e especial.<sup>92</sup>

Defende MASSIMO PAVARINI, ainda, que a inefetividade e a incerteza da reação punitiva do Estado fazem parte da estrutura permanente do sistema penal. Para ele, o sistema de justiça criminal é incerto e inefetivo durante todos os momentos da criminalização secundária. Mas esta, ressalta, não há como ser evitada e mais, tende apenas a aumentar, não obedecendo a qualquer critério normativo pré-determinado. Há vários elementos que a orientam. Não obstante, o dever-ser opera com a certeza e efetividade da pena, embora, mesmo do ponto de vista intra-sistêmico, já se possa encontrar razões para tal ineficácia, como o excesso de condutas criminalizadas. Aliás, para o Professor de Bologna,

atualmente, com a demanda de maior certeza e efetividade das penas se exprime de modo desagradável uma demanda social de maior punição de fato. E na situação acima descrita de estrutural inefetividade e incerteza do sistema de justiça criminal, invocar maior certeza e efetividade das penas equivale a exigir apenas um aumento do valor simbólico da repressão em uma ótica de prevenção geral positiva.<sup>93</sup>

Por isso, os critérios que procuram justificar a pena encontram obstáculo em sua crescente inefetividade. Embora aumente o número de condutas criminalizadas dia após dia, pune-se, afinal, pouco (pouco em relação à quantidade infinitamente maior das condutas efetivamente praticadas cujos autores, por várias razões, não são processados). Há quem sustente que o aumento da legislação penal incriminadora é inevitável, tendo em conta a função fiscalizadora do Direito Penal, ou melhor, tendo em conta o entendimento que apenas o Direito Penal é capaz de evitar condutas indesejadas, pois só ele conta com força para tanto. Esse argumento, no entanto, não satisfaz, já que o Direito Penal deve produzir censura social apenas para os chamados delitos naturais do Direito Penal clássico. E isso já foi apontado por várias pesquisas empíricas, de onde se confirmou que a idéia

<sup>92</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 48. (tradução livre)

<sup>93</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 51. (tradução livre)

socialmente construída e difundida do que é penal liga-se ao Direito Penal clássico (de censurar condutas que violam os direitos subjetivos das vítimas) e de pena somente aquela de privação de liberdade ou que tenha função degradante. Enfim, “a criminologia nos ensina que um efeito colateral ao processo de hiperpenalização é justamente pôr em crise a função social do processo de criminalização, ou seja, o reconhecimento social do desvalor de algumas condutas.”<sup>94</sup>

Hoje se pode afirmar que o cárcere funciona para efeitos de neutralização (ainda que temporária) dos indivíduos. Não reeduca, mas tende a evitar a reincidência (fora e dentro do cárcere) porque exclui o indivíduo do convívio social. Neste ponto, o sistema pode ser eficaz. Adota-se a concepção tecnocrática de uma gestão administrativa da penalidade, preocupada tão-somente com a operatividade do sistema e com valores de natureza atuariais:

atualmente, sem considerar qualquer filosofia especial-preventiva, os parâmetros que indicavam o insucesso são, ao revés, interpretados como úteis indicadores da eficiência do sistema penal em seu complexo. Os índices de reincidência mostram não só que o sistema penal selecionou desde o início de forma eficaz a sua própria clientela, mas também, sobre a base da exposição à reincidência interpretada por grupos sociais, é possível prever as categorias em risco e de consequência diversificar a resposta definitiva.<sup>95</sup>

A questão é saber, afinal, quais são os limites dessa penologia administrativa. A conclusão a que se pode chegar, da realidade dos últimos anos, é que a pretensa previsão atuarial de reincidência, fundada no critério de periculosidade (e não de culpabilidade), não tem sido capaz, por exemplo, de baixar a população carcerária. Em outras palavras, o cálculo do risco criminal não tem funcionado, já que acaba exigindo que toda marginalidade social seja neutralizada.<sup>96</sup>

O tempo denota, assim, o desencantamento quanto à pena útil, moderna. Muitas teorias críticas nasceram quanto à fundamentação da pena. No final, o sistema da pena legal é, com efeito, ideologicamente injustificável. O sentimento é de pessimismo quanto à pena, e seu representante mais significativo é o movimento do abolicionismo penal, em todas as suas formas. Em suma, o que entendem é que a pena não cumpre nem sua função manifesta nem a latente. Em verdade, não só

<sup>94</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 23-24. (tradução livre)

<sup>95</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 57. (tradução livre)

<sup>96</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penality**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 57-58.

não consegue cumprir a tarefa do controle social, mas, ao seguir esse caminho, acaba piorando a situação existente ou até mesmo criando novos problemas. De qualquer sorte, MASSIMO PAVARINI critica os abolicionistas por não verem sentido na burocratização do Direito Penal. Por não perceberem que a assunção do monopólio da violência por parte do Estado ocorreu para garantir as liberdades individuais e para livrar os homens da vingança privada, de regra organizada pelos então mais fortes. Esquecem justamente que a formalização do conflito é a herança mais preciosa do Direito Penal burguês.<sup>97</sup> A saída, então, não parece ser o fim do Direito Penal, mas sim trabalhar para sua autolimitação.<sup>98</sup>

Ao lado do pessimismo acadêmico em torno da pena, cresce a cada dia um discurso penológico populista que não vê problema no cárcere. Ao contrário, que defende a prisão, ao mesmo tempo que defende, também, outras modalidades de pena. E o perigo está no fato de que é um discurso que se diz do povo, reproduzido por políticos e pelos meios de comunicação de massa.<sup>99</sup> Demais disso, aquela noção parcimoniosa da pena moderna, de pena mínima e útil, limitada, tem sido substituída por uma visão pós-moderna marcada por uma democracia de opinião, de trocas políticas entre eleitores e eleitos, que tem como resultado uma percepção emocional das coisas, percepção de medo e rancor. “E o novo discurso político tende sempre mais a articular-se sobre estas emoções, expressas coerentemente no sistema de justiça penal, na função de produção simbólica de sentido através do processo de imputação de responsabilidade.”<sup>100</sup> Isso é compreensível tendo em vista a crescente exposição de todos à criminalidade, à possibilidade de se tornarem vítimas de crimes. No entanto, a saída é ilusória. As políticas de lei e ordem e de tolerância zero não têm solucionado o problema.<sup>101</sup>

Em verdade, a crise da pena moderna é, antes de tudo, a crise do sistema correcional de justiça penal que, tendo sido construído nas democracias ocidentais fundadas no *welfare*, acabaram junto com elas entrando em crise. Isso porque, em

<sup>97</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminológica**, n. 1, 1983, p. 32.

<sup>98</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004, p. 20-21.

<sup>99</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 53-55.

<sup>100</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 63. (tradução livre)

<sup>101</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 64.

sendo reflexo de políticas de integração, acabou por acarretar justamente o resultado contrário, a exclusão.<sup>102</sup>

Como consequência, o que se tem, no final das contas, é um possível retorno a uma penologia fundamentalista, pré-moderna, liberada, em seu conteúdo e em sua forma, de qualquer vínculo com a racionalidade. Busca-se, novamente, fundamentos ideológicos para a pena.

Ante a crise da pena útil, questiona-se se não seria adequado um retorno à pena meramente justa, sem fundamento utilitarístico. Isso porque a idéia de pena justa nunca foi abandonada, como já referido; é uma forma de resistência, de limite, à própria noção de utilidade da pena, que pode ser modificada com o tempo. Todavia, analisada historicamente, a retribuição nunca foi o objetivo da pena, apenas um critério formal de medida do castigo no caso concreto.<sup>103</sup> Eis a recorrente tentativa de fazer do Direito Penal o limite da política criminal.<sup>104</sup> O que se tem, de fato, é ainda uma pena orientada ao útil: não obstante o declínio da ideologia da reintegração, o que se presencia, atualmente, é “a emergência e o consequente triunfo das políticas de controle social que se fundam na confiança nas práticas de neutralização seletiva, em pleno acordo com a linguagem da guerra.”<sup>105</sup>

É certo que, não obstante a ausência de fundamento empiricamente válido, a pena existe como fato social. Pune-se sem saber por que<sup>106</sup>, sendo certo, porém, que o seu resultado é a exclusão social.<sup>107</sup>

É o que se pode constatar, por exemplo, do movimento na doutrina penal alemã que tem insistido em uma função pedagógica-social da pena, que deve restabelecer a confiança no sistema e evitar os efeitos negativos do crime sobre o tecido social ou ainda das teorias neo-retribucionistas, as quais, todavia, não ligam a pena tida como merecida a um limite discricionário da aplicação da reprimenda.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 23-25.

<sup>103</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 27.

<sup>104</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 27-28.

<sup>105</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 33. (tradução livre)

<sup>106</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 35.

<sup>107</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 40-41.

<sup>108</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 64-65.

Mesmo as teorias ditas mistas, que tentaram reunir os pressupostos de duas ou mais das teorias relativas e absolutas, não conseguiram salvar os fins da pena.

Todavia, conforme adverte LUCIANO EUSEBI, a retribuição não é, afinal, capaz de revelar uma relação imediata entre o crime e a sanção. Na verdade, representa tão-somente uma resposta à necessidade coletiva de punição e, em assim sendo, não denota nenhuma função garantista. Mesmo as teorias neo-retribucionistas, ao tentarem abandonar a idéia da retribuição moral, pré-moderna, acabam atendendo precipuamente a uma necessidade emotiva de punição, de segurança, por parte da coletividade. E, “nesta perspectiva, ao revés, o âmbito de relevância da retribuição tende a estender-se do setor da aplicação da pena para aquele da definição dos seus pressupostos subjetivos, até interessar à teoria do crime.”<sup>109</sup>

A crise da pena, destarte, é consequência da impossibilidade de se dar a ela, como outrora se fez – ou se procurou fazer –, um fundamento ontológico. Desde que se libertou da essência de um castigo divino, sempre esteve ameaçada de ser desmascarada. A utilidade ora se verificou como inalcançável, ora como falsa, ora como inconfessável. A crise da pena moderna é, assim, esse contínuo percurso de tentar resolver uma aporia.<sup>110</sup> Ou ainda como afirma ALBERTO M. BINDER, “se a pena é violência – quem pode negar? –, sempre terá algo de irracional”.<sup>111</sup> De qualquer maneira, afirma MASSIMO PAVARINI,

manter a pena em um estado de manifesta ausência de justificação significa ameaçar constantemente o direito penal de possíveis crises de legitimação. É o melhor antídoto que eu conheço para toda sua involução e/ou ‘dilatação’: êxitos sempre iminentes e historicamente também verificáveis todas as vezes que o direito penal justificou-se como ‘útil’.<sup>112</sup>

E continua

Quanto mais penso, mais me convenço: convém ‘desmascarar’ definitivamente a pena, mas para nunca mais ‘mascará-la’. Deixá-la nua, para que a todos se possa mostrar ‘a natureza obscena da justiça penal’. E nesta recomendação não há

<sup>109</sup> EUSEBI, Luciano. La “nuova” retribuzione. Sezione II: l’ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. XXVI (nuova serie), 1983, p. 1356-1357.

<sup>110</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, n. 1, 1983, p. 3.

<sup>111</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 71. (tradução livre)

<sup>112</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, n. 1, 1983, p. 32.

nenhuma satisfação literária, nenhum prazer pela provocação. Quando os clássicos ‘sonhavam’ ‘com um direito penal como a *magna carta* do criminoso’ temiam aquilo que eu também temo: o que se deve temer com razão é muito mais o direito penal do que a criminalidade. A força desta conclusão está nisto: ver o direito de punir como violência de nenhuma outra forma ‘compreensível’ senão por razões subtraídas à razão; saber que a única tarefa da razão é aquela de determinar constantemente os limites daquele poder e não de justificá-lo ou idealizar os seus fins. Uma pena constantemente ‘desavergonhada’ é sempre, de qualquer forma, mais tolerável.<sup>113</sup>

Assim também parece pensar EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI. Para ele, está mais do que comprovado que as teorias positivas da pena são falsas, ou pelo menos não generalizáveis. Por isso, entende adequado que se busque um conceito de pena por um caminho distinto da análise de suas funções. Um conceito que seja delimitador do universo do Direito Penal, a partir de dados ônticos. Neste passo, entende que “*a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.*”<sup>114</sup> Propõe, assim, um conceito negativo e agnóstico da pena: negativo porque obtido por exclusão e porque não reconhece qualquer função positiva da pena; agnóstico porque, ademais, afirma não conhecer quais são suas funções<sup>115</sup>. Essa visão negativa e agnóstica da pena permite reconhecer como penais leis que manifestamente não o são, mas que podem exercer tal função, como as chamadas leis penais latentes e eventuais<sup>116</sup>; dito de outro modo, permite perceber o poder punitivo em todas as suas dimensões.<sup>117</sup> Neste passo, tal noção reduz a pena a um ato de poder, cuja explicação só pode ser mesmo política.<sup>118</sup>

De todo modo, a partir dessa concepção da pena, deve-se conceber também o Direito Penal como um direito limitador e redutor do poder punitivo. Deve legitimar a ação das agências jurídicas no mesmo sentido do direito humanitário de guerra, ou seja,

<sup>113</sup> PAVARINI, Massimo. La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, n. 1, 1983, p. 32. (tradução livre)

<sup>114</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99. (destaques no original)

<sup>115</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 89.

<sup>117</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 100.

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108.

*sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.*<sup>119</sup>

No entanto, é de se bem ver que, como o direito humanitário, que não tem poder de evitar nem deter as guerras, o Direito Penal não tem poder para eliminar o poder punitivo, mas tão-somente contê-lo. Assim, pode atender à função de segurança jurídica dos bens jurídicos individuais e coletivos de toda a sociedade. Não trata propriamente de assegurar os bens das vítimas, como se quis fazer acreditar, pois o que se viu foi exatamente o oposto, já que o que faz o poder punitivo é justamente confiscar os direitos das vítimas, que ficam desamparadas: “as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do estado a desprotegê-la.”<sup>120</sup> Mas agora, em se conhecendo a realidade, talvez seja possível atenuar o processo de vitimização<sup>121</sup>, pois, como adverte HERBERT PACKER,

a sanção penal é, ao mesmo tempo, a principal garantia e a principal ameaça da liberdade humana. Se usada adequada e humanamente, é uma garantia; se usada indiscriminadamente e com coação, é uma ameaça. Os contrastes inerentes à sanção penal não podem jamais ser resolvidos completamente a favor de uma garantia e contra uma ameaça. No entanto, pode-se começar a tentar.<sup>122</sup>

Por isso, na esteira de ALESSANDRO BARATTA, a luta pela contenção da violência estrutural acaba sendo, em última análise, uma luta pela afirmação dos direitos humanos, razão pela qual segue sendo necessário estabelecer os requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos nas leis penais (extensíveis às leis processuais penais e de execução penal), os chamados princípios de Direito Penal mínimo, intra-sistêmicos e extra-sistêmicos, cuja função precípua é, limitar a

<sup>119</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108. (destaques no original)

<sup>120</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 110. (destaques no original)

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 110-111.

<sup>122</sup> PACKER, Herbert L. **I limiti della sanzione penale**. Trad. Trad. Franco Ferracuti, Mirella Ferracuti Garutti e Gilda Scardaccione. Milano: Giuffrè, 1978, p. 383. (tradução livre)



intervenção estatal.<sup>123</sup> É este pensamento que deve reger a leitura de todo o sistema criminal.

### 1.1.2. O novo paradigma da justiça penal consensual

Diante da mencionada falência de fundamento da pena, especialmente a de prisão, o que se vê nos últimos anos é uma expansão do controle social através de outros mecanismos, e um deles é o modelo restaurativo de justiça. Isso se dá, dentre outras coisas, pela impossibilidade de manutenção da ordem pelos métodos tradicionais (inclusive o penal), ante a sua extensão: como se tornou muito vasto, não consegue manter a disciplina como prometido, por duas razões principais: a) a própria expansão demasiada do sistema de justiça penal; b) a crise do sistema de socialização primária e consequente aumento de demanda de disciplina formal.<sup>124</sup>

Consoante explica CLAUDIA MAZZUCATO, quando se fala em justiça restaurativa, desde o ponto de vista teórico, há duas grandes direções que podem ser tomadas: uma no sentido apenas transacional, outra no sentido mais humanístico, pela qual se busca um verdadeiro reconhecimento e composição entre as partes separadas pelo conflito. Este último é o modelo proposto nos documentos internacionais europeus sobre a mediação.<sup>125</sup>

Crescem, assim, de um modo geral, manifestações fora do sistema de controle penal, mas que podem causar sérios problemas sociais, como afirma MASSIMO PAVARINI:

aquilo que se produz fora dele, e às vezes contra ele – nos espaços de crescente e selvagem desordem – fazem lembrar verdadeiros processos de refeudalização das relações sociais. Conflitos e violência intrafamiliares e nas relações de vizinhança, degradação social, vandalismos, micro-criminalidade nas periferias metropolitanas, intolerâncias raciais produzem sofrimento de vitimização difusa que se traduzem em demandas também difusas de reafirmação normativa, estas também sem resposta.

Neste contexto político de dissolução, é então possível assistir a emergência de

<sup>123</sup> BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Buenos Aires: B d F editorial, 2004, p. 299-333.

<sup>124</sup> PAVARINI, Massimo; GUZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 74-75.

<sup>125</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 87.

dinâmicas sociais que têm como objetivo responsabilizar a sociedade civil, de restaurar a capacidade e virtude de auto-regulamentação dos conflitos que contam com uma ampla 'simpatia social'.<sup>126</sup>

Surge, neste contexto penal, o discurso da justiça consensual, que, conta, inclusive, com argumentos quase imbatíveis, desde o ponto de vista teórico, de justificação. Ele traz consigo a idéia de ser informal, doce, simples, inteligível, todo “um léxico construído sobre gênero ‘feminino’ contra aquele ‘masculino’ de uma justiça formal, *dura lex*, incompreensível, complexa, distante.”<sup>127</sup> Por isso surge com tanta força no Direito da Criança e do Adolescente. E arremata MASSIMO PAVARINI: “é, em síntese, a disciplina materna contra a justiça do pai.”<sup>128</sup>

Embora tenha surgido em meados dos anos setenta esse movimento referente à justiça restaurativa, sobretudo informal, não profissional, para além do sistema formal de controle social, o tempo fez com que fosse trazido para dentro dos sistemas formais de controle, sobretudo como uma tentativa de recuperar a legitimidade do sistema judiciário e expandir o domínio jurídico-normativo<sup>129</sup>. Uma justiça contratada que, segundo PAVARINI, surgiu primeiro no âmbito da justiça penitenciária e no processo de execução penal<sup>130</sup>.

Ademais, parece ser a mediação um instituto capaz de responder às mais diversas finalidades que queira se dar à pena, por isso é tão interessante: “pede para as partes em conflito reconsiderar o passado, de considerarem um fato histórico que rompeu um equilíbrio; mas pede também para que superem juntos aquela fratura, para caminharem mais serenamente para o futuro.”<sup>131</sup>

Com efeito, o discurso da justiça restaurativa é muito sedutor. Esse modelo restaurativo, de justiça consensual, pode se valer de dois institutos para resolução dos conflitos, como quer MITJA GIALUZ, a saber: a conciliação (composição direta das partes) e a mediação (composição das partes com a participação de um

<sup>126</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 75. (tradução livre)

<sup>127</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 76. (tradução livre)

<sup>128</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 76. (tradução livre)

<sup>129</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 78-79.

<sup>130</sup> PAVARINI, Massimo. La ‘penitenziarizzazione’ della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 175.

<sup>131</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 80. (tradução livre)

terceiro, o mediador).<sup>132</sup> Esta última, por certo, tem sido objeto mais freqüente das discussões doutrinárias.

Este paradigma restaurativo essencialmente pensado para a justiça de menores é transportado para aquela dos maiores. A intervenção judiciária deve servir a três interesses: aqueles da comunidade, da vítima e do delinqüente. Ou se o direito reabilitador ou o direito retributivo não os alcança, medidas como a mediação ou os serviços comunitários podem alcançá-los.<sup>133</sup>

De fato. A mediação procura recuperar as virtudes humanas e promover o bem estar social, através de solução pacífica de eventuais conflitos. Os envolvidos, com a ajuda do mediador (um terceiro desinteressado), dialogam e procurar chegar a uma solução.<sup>134</sup>

O que há, em verdade, é um processo de transformação da justiça criminal em uma justiça menos formal, através da implementação desse modelo que se diz restaurativo. Como bem esclarece RODRIGO GHRINGHELLI DE AZEVEDO,

em que pese a existência de modelos diferenciados, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promoverem sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que 'o que não está no processo não está no mundo'; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutive rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento.<sup>135</sup>

JACQUES FAGET sintetiza, em doze tópicos, os fundamentos da justiça restaurativa:

<sup>132</sup> GIALUZ, Mitja. Mediazione e conciliazione. In: PERONI, Francesco; GIALUZ, Mitja. **La giustizia penale consensuale: concordati, mediazioni e conciliazione**. Torino: UTET, 2004, p. 103-104.

<sup>133</sup> FAGET, Jacques. **La médiation: essai de politique pénale**. Toulouse: Éditions Érès, 1997, p. 196. (tradução livre)

<sup>134</sup> Sobre mediação em sentido amplo, ver, por todos, MORINEAU, Jacqueline. **L'esprit de la médiation**. Toulouse: Éditions Érès, 2007.

<sup>135</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 67-68.

1. O crime é concebido antes de tudo como uma ofensa contra as pessoas e não contra o Estado e suas leis.
2. A justiça procura identificar as necessidades e as obrigações das pessoas em conflito no lugar de se concentrar, como atualmente, sobre a indagação da culpabilidade do autor.
3. O sofrimento da vítima é reconhecido.
4. O contexto social, econômico e moral do comportamento é levado em conta em seu conjunto.
5. Concentra-se no futuro e não, como faz a justiça retributiva, no passado.
6. A justiça restaurativa encoraja o diálogo e o entendimento mútuo, procura os pontos comuns, organiza uma cooperação em oposição à justiça retributiva, que alimenta o conflito entre adversários, acentua as diferenças, organiza uma competição.
7. As relações entre vítima e ofensor são primordiais.
8. Os papéis-chave são dados às vítimas e aos ofensores que têm uma responsabilidade na resolução do problema, o Estado não detém mais o monopólio da resposta penal, o processo não é mais controlado por profissionais.
9. A justiça restaurativa consagra um princípio concreto de responsabilidade sobre o comportamento depois da transgressão, enquanto a justiça retributiva consagra um princípio abstrato de responsabilidade que recai sobre o momento da transgressão.
10. Substituem-se os ritos tradicionais de exclusão por ritos de inclusão que permitem assegurar a integração do ofensor à sua comunidade.
11. Uma vez que, no sistema retributivo, o mal feito é equilibrado por um mal ao ofensor, aqui o mal feito pelo ofensor é equilibrado pelo bem que ele deve praticar em contrapartida.
12. No lugar de pronunciar uma sentença, faz-se possível a realização de um acordo.<sup>136</sup>

CLAUDIA MAZZUCATO<sup>137</sup>, analisando o tema da mediação no âmbito penal, especialmente tendo em conta os documentos internacionais que recomendam a adoção do paradigma restaurativo (por exemplo, a Recomendação 19, de setembro de 1999, do Conselho Europeu, sobre *Médiation en matière pénale*, e o rascunho da *Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, elaborado pelas Nações Unidas em 2000) e sua repercussão na Europa, ressalta os possíveis pontos positivos dessa perspectiva.

Segundo ela, o Direito Penal da mediação seria uma forma de Direito Penal não humilhante, mas sim fundado no diálogo. Seria uma maneira de recuperar e introduzir também no âmbito penal uma ética do cuidado, substituindo o recurso ao mal da pena retributiva.<sup>138</sup> Na mediação, troca-se a retribuição pela reparação:

<sup>136</sup> FAGET, Jacques. **La médiation**: essai de politique pénale. Toulouse: Éditions Érès, 1997, p. 198-199. (tradução livre)

<sup>137</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 85-134.

<sup>138</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura

repara-se o mal com um bem e não mais se retribui o mal com outro mal. Além disso, significaria uma revalorização do ordenamento jurídico enquanto ordem protetiva dos valores humanos, na medida em que o autor do fato não só reconhece o mal que causou como pretende repará-lo, com um ato de sentimento, de coração:

as práticas de justiça restaurativa permitem aos interessados construir diretamente um *senso comum* que seja para eles também *normativo*. Em cada encontro de mediação se assiste de fato ao nascimento de um novo 'direito' espontâneo (conforme o ordenamento), fruto da interação entre as partes: nasce o 'direito' daquela particular relação, da escolha – ao mesmo tempo livre e vinculada – de se ater a certas (auto) prescrições e a certos comportamentos co-decidiados e co-divididos. Nasce ao mesmo tempo uma vontade não privatística mas *cívica* à renovação qualitativa das relações sociais.<sup>139</sup>

Quanto ao aspecto sancionatório, especificamente, a mediação representaria não só uma forma positiva de responsabilização do réu perante a vítima, mas também uma maneira de responsabilização da vítima e da sociedade perante o réu. Representaria um enriquecimento da prevenção especial positiva, como uma nova forma de entender a reeducação, a ressocialização, sem estar presente a coação ou a vingança, com respeito aos direitos fundamentais.<sup>140</sup> E

---

di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 93: "La mediazione consente di riscoprire l'aspetto non riduttivo e non formale, ma *esistenziale-umano* dell'esperienza *giuridica*. Si tratta di un percorso educativo e insieme di giustizia (e di reciprocità): ogni persona coinvolta auto-educa se stessa e viene educata dall'altro; la scintilla e l'oggetto di tale educazione è il dischiudersi e il dispiegarsi della profondità dell'essere umano, della rete di libertà, dignità e istanze fondamentali che formano – sul piano giuridico – i diritti inviolabili. Ognuno, specchio nel quale l'avversario può leggere anche la *propria* natura umana autentica, offre all'altro una lezione di civiltà e solidarietà, riconoscendo, e insieme richiedendo, rispetto, attenzione, comprensione, eventualmente anche aiuto." "A mediação permite redescobrir o aspecto não reducionista e não formal, mas *existencial-humano* da experiência jurídica. Trata-se de um percurso educativo e conjunto de justiça (e de reciprocidade): cada pessoa envolvida auto-educa a si mesma e é educada pelo outro; a causa e o objeto de tal educação é o abrir e o expandir a profundidade do ser humano, da rede de liberdade, dignidade e instâncias fundamentais que formam – no plano jurídico – os direitos invioláveis. Cada um, espelho no qual o adversário pode ser inclusive a sua *própria* natureza humana autêntica, oferece ao outro uma lição de civilidade e solidariedade, reconhecendo, e também demandando, respeito, atenção, compreensão, eventualmente até ajuda." (tradução livre)

<sup>139</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 94-95. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>140</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 93-94. p. 94: "Si tratta di una reciprocità costruttiva, mutuamente benefica, capace di riconoscere il necessario rispetto alla vittima, di restituire dignità al reo, e di coinvolgere la comunità (e l'ordinamento giuridico) nella costruzione del 'ponte' che salda il tessuto sociale dove si era prodotta la frattura del reato. Si traduce in pratica proprio l'idea di *corresponsabilità* sociale che sta alla base di una considerazione moderna e non 'eticizzante' del problema criminale." "Trata-se de uma reciprocidade construtiva, mutuamente benéfica, capaz de

eventuais disparidades entre as partes seriam mitigadas pelo trabalho do mediador.<sup>141</sup>

Outro ponto positivo se relacionaria com a descoberta da verdade dos fatos. Segundo a autora, o processo penal não favorece o descobrimento da verdade e a mediação seria um importante instrumento para tanto, já que as partes, ao dialogarem, diriam a verdade, promoveriam uma exata reconstrução dos fatos e reconheceriam suas responsabilidades.<sup>142</sup>

Em suma, nos termos dos documentos internacionais sobre o tema, os sistemas de justiça restaurativa devem ser estruturados observando as seguintes diretivas: (a) quanto à constituição e funcionamento dos programas restaurativos, deve-se garantir o livre acesso de todos à mediação, com baixos custos; deve-se investir na preparação dos mediadores; os acordos devem ser feitos em ambientes neutros e no tempo certo (não muito perto do fato); os mediadores devem estar em contato com a estrutura de justiça tradicional, especialmente para troca de experiências; (b) quanto à aplicação da justiça restaurativa, devem as partes aderir aos programas de livre e espontânea vontade, sob pena de violação do justo processo; a participação nos programas deve ser confidencial; os mediadores devem ser independentes e imparciais; eventuais disparidades entre as partes devem ser supridas (menores, enfermos mentais, etc.); a reparação deve ser orientada pelos critérios de racionalidade e proporcionalidade; (c) quanto ao funcionamento da justiça penal restaurativa, a fim de que seja preservada a garantia do justo processo, os acordos não podem implicar assunção de culpa (presunção de inocência); os programas de mediação fazem parte da própria justiça penal, não sendo aplicáveis juntamente com os processos tradicionais, sob pena de *bis in idem*; deve ser garantido o devido direito de defesa ao imputado.<sup>143</sup>

---

reconhecer o necessário respeito à vítima, de restituir dignidade ao réu, e de envolver a comunidade (e o ordenamento jurídico) na construção da 'ponte' que recupera o tecido social onde estava a ruptura produzida pelo crime. Traduz-se em prática justamente a idéia de corresponsabilidade social que está na base de uma consideração moderna e não 'eticizante' do problema criminal." (tradução livre)

<sup>141</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 115-117.

<sup>142</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 111.

<sup>143</sup> MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale: spunti di riflessione tratti

Ocorre que os argumentos apresentados são, no mínimo, ingênuos. Talvez o modelo de justiça restaurativa seja o modelo ideal, especialmente pelo resgate ético dos indivíduos, mas está muito longe de se tornar real e efetivo. Antes, é preciso educar para a democracia, para o respeito aos direitos fundamentais, dentre tantos outros valores ainda não internalizados, mormente ao se falar no Brasil. Saltar do que se tem diretamente para a mediação penal vai certamente levar ao arbítrio dos mediadores, pois as partes ainda não têm a menor noção disso tudo (basta vivenciar o dia-a-dia dos juizados especiais criminais). Ademais, toda a liberdade trazida pela mediação, se mal administrada, pode levar a resultados piores do que o modelo tradicional de justiça penal, a exemplo da vingança privada liberada. E, ainda, uma vez entregue às partes a possibilidade de solucionar o conflito estabelecido pela prática do crime, o que ocorre se não agirem? Haveria, por certo, um sentimento de insegurança, instabilidade, impunidade, tal qual existe atualmente.

Ademais, em que pese, novamente, ser o ideal, enxergar a proposta da justiça restaurativa como capaz de educar os indivíduos para a civilidade também pode ser ingênuo, ao mesmo tempo que pode dar certo, já que a educação por meio da violência da pena não vingou. A questão, aqui, demanda um estudo de pedagogia e psicologia antes mesmo do que jurídico, o que pode ser, de fato, bastante interessante.

Um tanto ingênuo, da mesma forma, é pensar que eventuais disparidades entre as partes seriam supridas pelos mediadores. Basta pensar na prática diária dos juizados especiais criminais no Brasil para perceber que infelizmente os mediadores muitas vezes não têm sequer capacidade de mediar, quanto mais de perceber diferenças e procurar minimizá-las. Muitos conciliadores só se preocupam com sua produtividade.

E, quanto à possibilidade de se descobrir a verdade dos fatos, o problema é, com todo respeito, o mesmo que enfrenta o juiz, talvez apenas mitigado pelo fato de, em regra, as partes terem participado do ocorrido. Mas continuam a valer ainda os argumentos de FRANCESCO CARNELUTTI, em seu *Verità, dubbio, certezza*.<sup>144</sup>

---

dall'esperienza e dalle linee guida internazionali. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale 'conciliativa'**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 98-122. Nestas páginas, a autora fala detalhadamente de cada um desses aspectos sugeridos pelas normativas internacionais.

<sup>144</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965. Ver, ainda: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francisco Carnelutti, para os operadores de direito. **Revista de estudos**

É preciso ter em conta, ainda, uma observação precisa e relevante feita por FRANCESCO PERONI: que todo o esforço para desvincular o processo, especialmente o penal, das amarras do direito privado cai por terra na medida em que nele se introduzem, agora, a noção de negócio jurídico e, afinal, de contrato.<sup>145</sup>

Da mesma forma, não se pode esquecer que toda a análise da justiça restaurativa pressupõe uma análise da própria ação penal, vale dizer, como conciliar a mediação e a conciliação com a obrigatoriedade da ação penal exigida, por exemplo, no atual sistema processual penal brasileiro<sup>146</sup>. Além disso, põe em xeque também a própria função da defesa técnica (e, claro, os demais papéis processuais), que passaria até mesmo por uma crise de identidade diante dos acordos de pena, mormente aquela realizada por defensores públicos, como bem pondera ROSANNA GAMBINI MUSSO<sup>147</sup>:

pelo teor do que se precedeu, resulta evidente como o *plea bargain*, ao responder às demandas de funcionalidade do sistema, permitiu um fenômeno de modificação profunda dos papéis institucionais do processo. Certamente transformado restou o juiz, que perdeu os seus tradicionais poderes de controle e decisão. Vistasas alterações sofreu também o *prosecutor*, cujas escolhas aparecem ainda mais inspiradas por lógicas do tipo produtivas. Mas o que é mais grave é que os objetivos de eficiência e redução acabaram por contagiar até o defensor, comprometendo a relação de confiança com o cliente e aproximando perigosamente a defesa penal de razões estranhas ao sistema. Esta capacidade de reagir da estrutura processual, influenciando os comportamentos essenciais daqueles que dela participam é, todavia, a confirmação de como é difícil conjugar rapidez e garantias e de quanto atentamente é analisada a inserção de metodologias que tornam mais veloz, mas vulgarizam e tornam mais sumário o 'fazer justiça'. Também no processo uma engenharia genética muito desenvolvida pode gerar monstros.

Em suma, a justiça restaurativa vem se não para evitar o processo penal, ao menos para encurtá-lo consideravelmente, através dos ritos abreviados (com encurtamento, também, das garantias individuais). Nesse sentido, importantes são as considerações feitas por PAOLO FERRUA. Talvez a tendência em direção à justiça contratada signifique, em última análise, o abandono da função tradicional do processo penal de reconstrução e accertamento dos fatos (função cognitiva do processo). Só assim, diz ele, explica-se a opção por essa nova modalidade de

---

**criminais.** Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr./jun. 2004.

<sup>145</sup> PERONI, Francesco. Nozioni fondamentali. In: PERONI, Francesco; GIALUZ, Mitja. **La giustizia penale consensuale:** concordati, mediazioni e conciliazione. Torino: UTET, 2004, p. 3-4.

<sup>146</sup> E assim deve permanecer se aprovado, com a redação atual, o PLS n. 156.

<sup>147</sup> MUSSO, Rosana Gambini. Difesa e difensore nei sistemi di *negotiated justice*. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone.** v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 629. (tradução livre)



justiça:

se o processo tende a mediar conflitos entre as partes, recuperar somas em dinheiro, diminuir a angústia coletiva, sem muito se questionar sobre a questão histórica do fato o qual se pune, mas compensando esse vazio com descontos e indulgências, pode ser que a lógica dessa intervenção seja coerente.<sup>148</sup>

No mesmo sentido de FERRUA se manifesta ALESSANDRO GAMBERINI, afirmando a redução da importância do acerto do fato nos ritos abreviados, e chama atenção, então, para o fato de que se assim é, a pena a ser negociada não terá, em última análise, um parâmetro adequado para sua determinação.<sup>149</sup> A pena abandona, logo, o critério retributivo, já que o fato em si já não é mais um parâmetro de medição da pena, porque não é mais importante, a não ser o tpo abstratamente previsto. O processo, enfim, não mais se presta à solução do caso penal<sup>150</sup>, à solução da situação de dúvida sobre o fato e seu autor.

Há, assim, a reprivatização dos conflitos penais e o Estado deixa de ter o monopólio da violência, conforme pactuado por ocasião do contrato social. Resta saber quais as implicações dessa postura, tendo em vista, especialmente, princípios tão caros à democracia processual, como o da indefectibilidade da jurisdição e, em suma, o devido processo legal.

Adverte MASSIMO PAVARINI, contudo, que este caminho só pode ser evitado se outras formas de tutelar a necessidade de defesa social forem encontradas; do contrário, vai ser irresistível a alternativa tecnocrática da penalidade contratada.<sup>151</sup> No entanto, apesar de inevitável, é uma alternativa ilegítima, no final

<sup>148</sup> FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 49-50.

<sup>149</sup> GAMBERINI, Alessandro. Autonomia negoziale scelta dell'illecito e commisurazione della pena: profili emergenti di una nuova dogmatica dell'illecito penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 149: "Il 'fatto' perde la sua centralità per individuare la fattispecie tipica alla quale possa ricondursi il significato lesivo della vicenda penale: attraverso circostanze indefinite, attenuanti del rito e dello scambio, nuovi prospettati interventi volti ad ampliare la discrezionalità sanzionatoria, si prospetta una magma indistinta nel quale *gli elementi costitutivi del reato appaiono più come criteri di orientamento che come strutture fondante la responsabilità*." "O 'fatto' perde a sua centralidade para individuar a *fattispecie* típica à qual pode-se reconduzir o significado lesivo do caso penal: através de circunstâncias indefinidas, atenuantes do rito e da troca, novos interventos voltados à ampliação da discricionariedade sancionatória, apresenta-se uma massa indistinta na qual os elementos constitutivos do crime aparecem mais como critérios de orientação do que como estruturas fundantes da responsabilidade." (tradução livre)

<sup>150</sup> Sobre o caso penal, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>151</sup> PAVARINI, Massimo. La 'penitenziarizzazione' della giustizia penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura

das contas.

JACQUES FAGET reconhece as fragilidades do modelo restaurativo, mas ainda sim entende ser uma tentativa pertinente diante da falência do modelo tradicional de sistema penal. Segundo ele, pior é deixar como está.<sup>152</sup> O problema é que (ao menos é o que parece) a justiça restaurativa é pensada sobretudo tendo em conta o seguinte objetivo: menos pessoas a serem processadas criminalmente, menos pessoas serão submetidas ao martírio do processo penal. E isso, por si só, seria justificativa bastante para defender o paradigma restaurativo, seja por aqueles que o fazem pensando efetivamente nos males causados pelo processo e pelo cárcere, seja por aqueles que estão apenas preocupados com o resultado prático da contenção dos gastos do sistema penitenciário, para os quais menos processos significariam, em tese, menos pessoas presas.<sup>153</sup>

Mas é preciso que fique claro que a justiça restaurativa pode ser capaz de evitar processos, mas não é capaz de evitar penas. E, desse modo, os problemas da execução penal permanecem, assim como os da pena em si. Se abolir o processo acabasse com os problemas do sistema criminal seria de fato de se aceitar o modelo restaurativo. No entanto, ao final, a proposta se resume em abrir mão do processo (garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal) para tudo continuar igual, ou, o que é mais grave, para ficar ainda pior, porque daí nem o filtro do processo penal poderá conter o poder do Estado. É, assim, um discurso que só funciona como simbólico.

JULIO B. J. MAIER, porém, vê a reparação como a terceira via do Direito Penal e se questiona se não é o caso de se pensar em um Direito Penal de três vias, com distintas reações penais e processuais penais para diferentes situações de criminalidade, abandonando a idéia de um Direito Penal geral e uniforme.<sup>154</sup> Em verdade, enxerga a privatização dos conflitos penais como uma forma de humanizar

---

di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 183.

<sup>152</sup> FAGET, Jacques. **La médiation**: essai de politique pénale. Toulouse: Éditions Érès, 1997, p. 198-199.

<sup>153</sup> O que é discutível, já que o número de presos provisórios no Brasil é muito alto, ultrapassando 40% do total da população carcerária, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2008, disponíveis no sítio [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf), e ficando perto dos 40% do total da população carcerária, segundo dados do Ministério da Justiça de 2009 (Dados consolidados do sistema penitenciário do Brasil 2008/2009), disponíveis no sítio <http://portal.mj.gov.br/sindec/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>. Acesso em 08.09.2010.

<sup>154</sup> MAIER, Julio B. J. Inquisición o composición? In: \_\_\_\_\_. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 859-874.

o sistema penal e diminuir o poder punitivo do Estado.<sup>155</sup>

No entanto, como bem ressalta ALBERTO BINDER, há que se ter muito cuidado com esse movimento de simplificação dos processos, por meio da reprivatização dos conflitos penais. Se por um lado pode significar, de fato, respeito pelos interesses particulares, por outro não se sabe ao certo o sentido que ele pode assumir no contexto latino americano, de vítimas e agressores extremamente pobres. Assim,

a simplificação do processo a partir da recuperação dos direitos das vítimas pode ter um sentido duplo que ainda não foi esclarecido na prática: ou conduz à democratização do processo, abandonando a idéia central de sanção penal em prol da redefinição privada do conflito, ou bem leva a uma retirada do poder penal do Estado, para facilitar que as grandes desigualdades da própria base social gerem novas formas de controle.<sup>156</sup>

Diante do contexto social-político-econômico-cultural do Brasil, infelizmente parece prevalecer o segundo sentido. Num país onde os direitos e garantias fundamentais ainda estão em processo de solidificação, embora concomitantemente já se vivam os problemas do sistema penal sofridos também pelos demais países do mundo, mesmo os ditos mais desenvolvidos, levando-se em conta a expansão do Direito Penal vivenciada e as políticas de lei e ordem, aliada à insistência de manutenção de um sistema de tipo inquisitório, parece ainda não haver lugar (não da parte deles) para tanta importância aos interesses individuais, senão através de um discurso camuflado pela ideologia eficientista neoliberal<sup>157</sup>, o que, logo, não pode ser aceito.

No Brasil, é na década de 80 que efetivamente aparecem as regras sobre justiça restaurativa, especialmente com a Constituição de 88 que, em seu artigo 98, inciso I, previu a criação dos juizados especiais criminais, nos seguintes termos:

<sup>155</sup> MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, p. 839-840.

<sup>156</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 75. (tradução livre)

<sup>157</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114: “A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático.”

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

É certo que já existiam os chamados juizados de pequenas causas, mas apenas para a esfera cível<sup>158</sup>. Contudo é a partir da citada disposição constitucional, com a edição, em 1995, da Lei 9.099/95, que muitas novidades apareceram, dentre elas – e que por ora interessam – justamente a extensão da justiça consensual para a esfera criminal, com possibilidade do acordo civil entre suposto ofensor e suposto ofendido (art. 74) e a transação penal (art. 76). É, assim, com a edição da Lei 9.099 que o Brasil definitivamente adere (ao menos parcialmente) a esse movimento de informalização da justiça penal, em um primeiro momento apenas na esfera estadual, mas, em 2001, também na esfera federal, com a Lei 10.259. Até então, as infrações de menor gravidade (contravenções penais e delitos apenados com detenção) eram processadas mediante rito sumário, previsto no Código de Processo Penal, com todas as formalidades normais à justiça criminal.

Porém, conforme adverte AURY LOPES JR., o que faz a Lei 9.099 é implementar no ordenamento jurídico pátrio “uma política de *utilitarismo processual*, em que se busca a máxima *eficiência* (antigarantista)”<sup>159</sup>, movimento esse informado, na realidade, pelo modelo neoliberal da lei e ordem, já que, em suma, contribuem os juizados especiais criminais “para a banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor”<sup>160</sup>.

Ademais, a justiça negociada permitida no âmbito dos juizados especiais criminais atende aos postulados neoliberais do Estado mínimo na medida em que a possibilidade de acordos entre as partes faz com que o Estado possa se afastar dos conflitos (intervenção estatal mínima, logo), ao mesmo tempo que libera o juiz de um comprometimento maior com os casos, pois, ao simplesmente ter a função de homologar os acordos, passa a desempenhar um papel meramente burocrático

<sup>158</sup> Lei 7.244/84, que foi revogada pela Lei 9.099/95.

<sup>159</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99.

<sup>160</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 110.

diante dos casos concretos. E tudo isso feito de maneira eficiente, rápida, tal exige também o modelo neoliberal.<sup>161</sup>

Em geral, então, o belo e ingênuo discurso da justiça restaurativa não passa de um escamoteamento da inserção, também no âmbito processual penal, do modelo neoliberal de Estado. Basta, porém, um pouco de consciência e vontade para perceber essas armadilhas e compreender que se há uma saída para a justiça criminal, talvez esse não seja mesmo o caminho a ser tomado.

Dentre os problemas mais sérios está, sem dúvida, a idéia do consenso. A justiça negociada pressupõe diálogo entre as partes, seja entre suposta vítima e suposto ofensor, seja entre o Ministério Público e o acusado. O problema é que esse diálogo ou mesmo o consenso não existem, por uma série de razões, que começam, por exemplo, na realidade brasileira, na simplicidade das pessoas envolvidas, muitas vezes analfabetas. E o mediador, ao contrário do que fala CLAUDIA MAZZUCATO, como visto, não é capaz de suprir essas disparidades.

Os consensos na prática são quase sempre impostos, vez que verificados entre aqueles que têm “a faca e o queijo” nas mãos (o conciliador ou a acusação – no Brasil, com a transação penal) e aqueles que têm apenas o medo da ameaça (o suposto autor do fato), conforme ressalta MARIO A. CATTANEO<sup>162</sup>. Eis as precisas e conscientes palavras de GERALDO PRADO:

o processo penal consensual tem essa capacidade ideológica de fazer com que no discurso acadêmico e no discurso dos tribunais medidas como a transação penal, que é o método pelo qual alguém aceita sofrer uma pena sem que o Estado demonstre a responsabilidade penal, seja vista como um direito.

Em síntese, você tem o direito de ser punido e de ser apenado sem que provem que você é culpado, sem que demonstrem a sua responsabilidade. Esse consenso é absolutamente artificial, exatamente por essa nossa fraca memória, por essa nossa incapacidade de enxergar quem são os sujeitos concretos do processo penal e compreender a partir de uma série de categorias, que nós usamos muito bem na política e na economia, mas que não conseguimos usar no direito, que determinados grupos e classes sociais estão em posição inferiorizada e fragilizada e que não se produz consenso entre sujeitos que estão em posição desigual.

<sup>161</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 114. Sobre esse afastamento do juiz também fala ALESSANDRO GAMBERINI. Ver GAMBERINI, Alessandro. Autonomia negoziale scelta dell'illecito e commisurazione della pena: profili emergenti di una nuova dogmatica dell'illecito penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 148.

<sup>162</sup> CATTANEO, Mario A. Diritto penale: filosofia non politica. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 31.

Neste caso os 'consensos' são impostos e são impostos com a técnica ideológica de fazer com que o escravo reivindique o direito de ser escravo: nos dois casos, com a verdade absoluta e sem verdade alguma nós caminhamos reproduzindo um modelo de processo penal que os globalizadores querem.

[...] Em suma, a idéia geral que me propus a trazer aqui, focaliza a dissolução das garantias em um processo em que o juiz desacerta nas funções de pesquisa da verdade, supostamente para ser responsável perante a comunidade, mas que na realidade o faz como um sujeito de política de segurança pública, enquanto também se dissolvem as garantias por meio de um processo sem qualquer tipo de cognição, no qual os mecanismos de um consenso são impostos sem que nós saibamos se o sujeito social concreto tem condição de dialogar, de participar do diálogo, se os excluídos têm condições de se comunicar, para que o consenso seja possível. Não há consenso de cima para baixo; o que há é ditadura.<sup>163</sup>

Com efeito, essa transformação trazida pela possibilidade de acordos de pena aumentou sobremaneira os poderes do Ministério Público, mas não os da defesa, que fica à mercê da acusação, não existindo, então, uma escolha livre por parte da defesa, tal como corretamente alertam ERNESTO D'ANGELO e FRANCESCO BERTOROTTA.<sup>164</sup> Por isso não é possível acreditar na idéia do diálogo, já que este pressupõe certa isonomia, que se já não existia no processo penal tradicional (inquisitório, na essência), praticamente desaparece com os acordos de pena, pois “a introdução de um instituto que privilegia o fruto do trabalho de uma das partes apenas acaba por acentuar ainda mais a distância de uma possível paridade e, logo, de um modelo de processo justo”<sup>165</sup>.

E algo ainda mais grave. Na Itália, as “provas” que vão fundamentar a proposta da transação são aquelas colhidas na fase das investigações preliminares conduzidas pelo Ministério Público, ou seja, sem contraditório, sem ampla defesa, sem publicidade, não submetidas a controle jurisdicional.<sup>166</sup> No Brasil, o problema é ainda maior, vez que em sendo a conciliação civil e a transação penal possíveis apenas para as infrações de menor potencial ofensivo, a regra é que o acordo

<sup>163</sup> PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão – da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165-166; 169. Ver, ainda, PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>164</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 245-248.

<sup>165</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 248. (tradução livre)

<sup>166</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 247-248.

sequer se fundamente em “prova” alguma, mas tão-somente no Termo Circunstanciado.

Na verdade, nos acordos de pena, o Ministério Público, como vendedor da sanção, pode praticar o preço que quiser, e o acusado, adquirente, como num contrato de adesão, só resta pegar ou largar.<sup>167</sup> Não há propriamente, então, uma negociação. “Trata-se, pois, de uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra, além de negociar sobre pressão, nada terá a ganhar.”<sup>168</sup> É, no fundo, um contrato de adesão (fazendo-se uma analogia com o direito do consumidor), mas sem a proteção de um Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, como demonstra AURY LOPES JR.<sup>169</sup>, é preciso compreender que a justiça consensual não é algo afeto ao sistema de feição acusatória, de um processo de partes, como se quer fazer parecer, porque, ao final, em verdade, viola seus fundamentos, sobretudo a exigência de um processo penal justo. Ofende o princípio da jurisdicionalidade (*nulla poena sine iudicio*), o princípio da inderrogabilidade do juízo, o princípio da separação das atividades de julgar e acusar, o princípio da presunção de inocência, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Além disso, não se pode sequer afirmar que o sistema de justiça negociada tem a função de resgatar a credibilidade perdida da justiça criminal, vez que as pessoas não se sentem confortáveis sabendo que podem ter que negociar mesmo sendo inocentes, para não “correr os riscos” de um processo criminal. Ressalte-se, mais uma vez, que a pena a ser negociada nem sempre atentará para o critério da proporcionalidade em relação ao fato praticado (que sequer pode ter sido praticado, aliás), mas responderá muito mais à capacidade de negociação dos envolvidos.

Tampouco serve, a despeito da proposta da justiça restaurativa, para valorizar a vítima do crime, na medida em que permite que ela participe da

---

<sup>167</sup> GAMBERINI, Alessandro. Autonomia negoziale scelta dell'illecito e commisurazione della pena: profili emergenti di una nuova dogmatica dell'illecito penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 147-148.

<sup>168</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

<sup>169</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 116-126.

negociação. Tem razão AURY LOPES JR. quando fala que essa participação não deveria existir<sup>170</sup>, sob pena do processo penal se transformar em um ambiente de vingança privada e, ademais, se levada ao pé da letra a disposição do art. 76 da Lei 9.099/95, nos casos de ação penal pública incondicionada, a realização ou não do acordo independe de qualquer manifestação da vítima.

Eis um outro problema da composição civil dos danos: as condutas que permitem tal negociação deveriam mesmo ser crimes? Se se tem dúvidas quanto à criminalização de todas as infrações de menor potencial ofensivo que, para alguns, deveriam ser descriminalizadas, em nome sobretudo do princípio da intervenção mínima, imagine-se quanto às que, inclusive, permitem que tudo se resolva mediante uma indenização do suposto autor do fato.<sup>171</sup>

Nem mesmo o efeito de diminuir a estigmatização do acusado é reduzido, no final das contas, pois “a rotulação se produz em massa, na medida em que banaliza o sistema penal ao ressuscitar e vivificar todo um rol de crimes de bagatela e de completa irrelevância social.”<sup>172</sup>

Assim, diante de todos esses argumentos, não há como se entender legítima a justiça restaurativa. Seus elementos justificadores ou são, na prática, irrealizáveis ou são apenas comprometidos com os resultados práticos de um processo de descarcerização.

## 1.2. A crise do sistema processual penal

### 1.2.1. A crise do processo penal como consequência necessária da

<sup>170</sup> Assim também se manifesta, por exemplo, SALO DE CARVALHO, em seu texto Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 148.

<sup>171</sup> Ver, por todos, WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os julgados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. São também interessantes as ponderações feitas por Guilherme de Souza Nucci ao indicar os pontos negativos da existência dos julgados especiais criminais. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 773-775.

<sup>172</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 125.



## relação com o Direito Penal: as finalidades reais do processo penal

Há muito tempo se discute acerca da finalidade do processo penal. Tradicionalmente, os manuais de Direito Processual Penal dedicam algumas páginas ao tratamento da finalidade do processo penal. De regra se inicia o tema pela apresentação dos escopos da jurisdição para, em seguida, atribuir os mesmos fins ao processo: os fins da jurisdição acabam sendo os mesmos do processo, visto que este é instrumento da atuação daquele.

Consoante ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, na visão mais antiga do sistema jurídico, quando se tinha como seu ponto central a ação, o direito de ação (que se confundia com o direito subjetivo material dos indivíduos), entendia-se que o fim do processo (especialmente civil) era a tutela de direitos<sup>173</sup>. Ou, como relata JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, pensava JAMES GOLDSCHMIDT que o processo, civil e penal, servia sempre à “obtenção de uma sentença com força de caso julgado”<sup>174</sup>. A preocupação era, assim, apenas com a tutela do direito objetivo, genericamente levado em consideração.

De qualquer maneira, é certo que nem uma nem outra servem – ou deveriam servir – à concepção atual da jurisdição e do processo. Segundo bem assinala CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, embora seu estudo parta da impossível idéia de uma teoria geral do processo<sup>175</sup>, também no processo penal a jurisdição serve à tutela das pessoas e não apenas de direitos considerados abstratamente (em outras palavras, à tutela do ordenamento em si próprio)<sup>176</sup>.

De regra, quando se fala sobre o tema, recai-se nos conhecidos fins ideais do processo penal: a descoberta da verdade, a realização da justiça e a segurança jurídica.

Para o processo penal, insistem ainda muitos na idéia de que se busca a verdade material, em contraposição à verdade formal do processo civil. Entretanto, no mínimo desde o século passado, com FRANCESCO CARNELUTTI, sabe-se que

---

<sup>173</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 151.

<sup>174</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 41.

<sup>175</sup> Sobre o tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>176</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 151.

essa dicotomia desapareceu, restando apenas a convicção (para não dizer certeza) de que a “a verdade está no todo e o todo é demais para nós”<sup>177</sup>.

É preciso ter em conta que o juiz, no processo penal brasileiro, ainda é o gestor das provas (o que se extrai, especial e nitidamente, do art. 156 do CPP, mormente após a Lei 11.690/08: “*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*”), o que faz do sistema processual essencialmente inquisitório<sup>178</sup>. Desse modo, ele defere a produção das provas requeridas pelas partes de acordo com o seu juízo de pertinência e relevância e ainda pode produzir provas de ofício, sem que haja qualquer mecanismo processual para evitar tais diligências. Depois de produzida a prova, o juiz fará a sua valoração, de acordo, na grande maioria dos casos, com o princípio do livre convencimento motivado (art. 157 do CPP c/c art. 93, IX, CR/88), sendo absolutamente livre quanto à sua convicção, encontrando “barreiras” apenas na necessidade de justificá-la.

Da mesma maneira, tampouco se alcança a verdade interpretando-se as regras a serem aplicadas ao caso concreto, vez que o processo hermenêutico depende substancialmente de quem o realiza e de uma mesma regra podem sair as mais diferentes interpretações, vez que pressupõe toda a fundamentação anterior do indivíduo, que não a abandona no momento de extrair dos significantes os seus significados. São importantes as palavras de HANS-GEORG GADAMER:

quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se

<sup>177</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XX, 1965, p. 05 (tradução livre).

<sup>178</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998, p. 167; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias<sup>179</sup>.

Em suma, a leitura que cada juiz faz dos fatos e do direito é sempre *sua* e de mais ninguém, consequência direta de sua condição humana. Como bem lembra FRANCESCO CARNELUTTI,

e o juiz quem é? Um indivíduo também. Um outro indivíduo. Um como o outro (o imputado). Um semelhante. Uma parte, portanto. Há homens que não são partes? (...) O juiz, dizem os juristas, é *super partes*, mas como pode estar acima das partes aquele que é uma parte? O Mestre representou aos homens essa dificuldade, bem como essa impossibilidade quando aos juízes da adúltera disse as solenes palavras: 'quem não tem pecados que lance a primeira pedra'. Pouco depois perguntou à mulher: 'onde estão os seus juízes?' vez que haviam desaparecido.<sup>180</sup>

Com efeito, como diz GIUSEPPE CAPOGRASSI, há qualquer coisa de mágico no processo<sup>181</sup>, vez que tem como ponto de partida (para a sua solução) a tentativa de reconstruir o passado, de reviver os sentimentos lá experimentados, de trazer a situação vivida integralmente para o presente e analisá-la (com os olhos do presente), por parte de um terceiro totalmente estranho ao que foi vivido: o juiz, que "deve fazer estar presente aquilo que não está presente."<sup>182</sup> E para tal fará uso das provas produzidas no processo de forma lícita e legítima<sup>183</sup>, escolhendo aquelas que melhor lhe convier, como já ressaltado. Mas não é a Verdade que se alcançará, e

<sup>179</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 405.

<sup>180</sup> CARNELUTTI, Francesco. Responsabilità e giudizio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, a. XIII, n. 1, gennaio-marzo 1958, p. 07. (tradução livre)

<sup>181</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, 1950, p. 05: "Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. E tutto questo deve fare non l'agente stesso che ha vissuto, e che rive, come in una proustiana ricerca, il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. Dopia magia: far rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere; e far vivere quella ragione e quella volontà obiettiva che è la legge proprio là dove quella vita della legge è mancata". "O processo é a verdadeira e única pesquisa do tempo perdido que faz a experiência prática: o tempo que se representa, o rio que surge da nascente, a vida que se colhe em seus pedações e se refaz em sua unidade. E tudo isso deve fazer não o agente que viveu, e que revive, como numa pesquisa proustiana, o seu tempo perdido, mas sim um ausente, uma pessoa que nunca viveu aquela experiência, uma pessoa essencialmente indiferente. Dupla magia: fazer reviver na consciência e no julgamento de alguém que é perfeitamente ausente e estranho à experiência que deve ressurgir; e fazer viver aquela razão e aquela vontade objetiva que é a lei justamente onde aquela vida da lei faltou." (tradução livre)

<sup>182</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, 1950, p. 06. (tradução livre).

<sup>183</sup> Para compreender a bipartição, veja-se, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

sim, na melhor das hipóteses, alguns dos aspectos do que, de fato, aconteceu. Aliás, como adverte NILO BAIRROS DE BRUM, o juiz, ao sentenciar, não vai pronunciar a verdade através de sua decisão, pois

geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão de seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica<sup>184</sup>.

Além da busca da verdade, outro fim tradicional do processo diz com a realização da justiça. É certo que, de regra, não se pode defender um processo penal que não almeje o alcance de uma solução justa para o caso concreto, especialmente porque não deve haver aplicação de sanção penal sem devido processo, ante o monopólio da jurisdição penal pelo Estado. Não obstante, é muito delicado definir em que consistiria a justiça num determinado caso concreto ou mesmo a justiça amplamente considerada<sup>185</sup>. Muitos juízes, se indagados, não saberiam certamente conceituar genericamente a justiça e muitos não se preocupam se suas decisões trazem justiça para o caso concreto – muitos sequer aplicam a Constituição. Entretanto, por várias razões, não são raros os processos injustos e as decisões absolutamente injustas, e que seguem assim sendo, muitas vezes, até quando nada mais se possa fazer a favor do injustiçado, que morreu preso em alguma cela insalubre sem mesmo ter cometido qualquer conduta ilícita.

No entanto, é preciso lembrar que a realização da justiça esbarra no terceiro fim ideal do processo, qual seja, a segurança jurídica. Evidentemente, pelo discurso tradicional, a justiça deve sempre prevalecer (eis o papel da Revisão Criminal), mas isso às vezes não ocorre justamente por conta da segurança jurídica, que não

<sup>184</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 72-73.

<sup>185</sup> Aqui, ressalte-se, não se está a adotar um ou outro conceito de justiça: a um porque não há *um* conceito de justiça, a dois porque tal tema, ante sua complexidade, é impossível de ser enfrentado no presente trabalho.

passa, sabe-se, de uma falácia. Aliás, como ressalta JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,

só dificilmente se poderia erigir a segurança em fim ideal único, ou mesmo prevalente, do processo penal. Ele entraria então constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça; e, prevalecendo sempre ou sistematicamente sobre esta, pôr-nos-ia face a uma *segurança do injusto* que, hoje, mesmo os mais cépticos têm de reconhecer não passar de uma segurança aparente e ser só, no fundo, a força da tirania.<sup>186</sup>

Ademais, não se pode deixar de mencionar, porque importante (mesmo que para ser questionada), embora traçada para uma teoria geral do processo, a concepção sobre os escopos do processo (que ele mesmo reconhece como fins ideais) delineados por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Para o Professor paulista, o processo não tem *um* escopo, como queria a visão tradicional quando defendia apenas o fim jurídico do processo, mas de *escopos*, por ora definidos como social, político e jurídico<sup>187</sup>. Isso porque, para ele, o processo tem como fins, em síntese, pacificar a sociedade – através da realização da justiça, mediante a utilização de critérios justos e da segurança jurídica – e conscientizar a população de seus direitos e obrigações (escopo social), reafirmar o poder estatal de decidir de forma imperativa, assegurar o culto ao valor liberdade e assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política (escopo político) e, finalmente, aplicar a lei ao caso concreto (escopo jurídico – amplamente questionado pelo próprio autor)<sup>188</sup>.

Há que ser ressaltado, porém, que o discurso teórico tradicional muito pouco toca a realidade. Ora, na medida em que há, como afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, uma relação mútua de complementariedade funcional<sup>189</sup> entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, ou seja, como são partes de uma mesma unidade (unidade essencial, segundo JULIO MAIER<sup>190</sup>), a um Direito Penal autoritário e extremamente rigoroso deve seguir um Direito Processual Penal da mesma ordem<sup>191</sup>. Em verdade, tem razão MAIER quando afirma que se o Direito Penal é

<sup>186</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 44.

<sup>187</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 154.

<sup>188</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 159-223.

<sup>189</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 28.

<sup>190</sup> MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: \_\_\_\_\_. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 904.

<sup>191</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 28-29; 30-31: “Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma

conduzido desajustado dos valores constitucionais, inevitavelmente assim também será o Direito Processual Penal. “Tanto o processo de infecção como o de cura abarcam ambos.”<sup>192</sup>

Com efeito, o que se observa na realidade atual é que cresce a criminalização de condutas, aumenta-se o *quantum* das penas, criam-se novos regimes para o seu cumprimento (tal como o Regime Disciplinar Diferenciado, “legalizado” pela Lei n. 10.792/03), vale dizer, aumenta-se o rigorismo de algumas leis penais que, por sua vez, adaptam-se com facilidade ao vigente Código de Processo, que há muito mantém a sua condição autoritária, como exigência de um neopunitivismo penal. Eis o Direito Penal que hoje não só persegue os inábeis e pobres, mas também especialmente os ricos traficantes que praticam evasão de divisas e lavagem de dinheiro e participam de organizações criminosas.

Desse modo, o movimento sentido nos últimos anos de expansão do Direito Penal, o neopunitivismo<sup>193</sup>, até sua vertente mais cruel do direito penal do inimigo<sup>194</sup>

---

enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal. [...] Se ninguém põe hoje em dúvida a idéia anteriormente exposta, já é com muito menor freqüência que se reconhece e aceita a influência do direito processual penal na conformação do direito penal e no sentido e solução de alguns dos seus concretos problemas dogmáticos; [...] Há, na verdade, desde logo, directrizes fundamentais do pensamento jurídico-penal – umas já plenamente realizadas, outras que se afirmam ainda só no plano de lege ferenda – que são, totalmente ou pelo menos em boa parte, o resultado de necessidades práticas imperiosas feitas sentir ao nível do processo penal. Há, depois, modificações que se operaram ou se advogam no seio do direito penal e se apresentam como puras conseqüências de modificações introduzidas no direito processual penal. Há, finalmente, soluções de problemas jurídico-processuais que, quando considerados em polaridade dialéctica com o direito penal, podem contribuir para o esclarecimento de intrincados e discutidos problemas de direito substantivo”.

<sup>192</sup> MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: \_\_\_\_\_. **Antología.** El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 904. (tradução livre)

<sup>193</sup> Sobre o neopunitivismo, ver, por exemplo, PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. **Nueva doctrina penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., p. 73-1114, 2005/A. p. 74: “El neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años, motivo per el cual corresponde asumir que el derecho penal actual (o ‘moderno’, como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de *neopunitivismo*, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es sua marcada deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente. El saber jurídico penal se halla, por tanto, frente al reto de afrontar ‘una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al *intervencionismo* y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas’. Según DÍEZ RIPOLLÉS, el Estado social de derecho ha contribuido a la proliferación normativa por medio de reglamentos y normas que desbordan el ámbito y la racionalidad de la ley pero que brindan mejores prestaciones para una sociedad intervencionista. Se habría pasado así de un ‘derecho penal liberal’, interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un ‘derecho penal liberado’ de tales límites y controles que se orienta al combate de la

é sentida, sem dúvidas, na legislação processual penal, em um verdadeiro processo penal do inimigo.<sup>195</sup> Logo, o percurso natural a ser verificado na esfera criminal, hoje dominada por um Direito Penal simbólico, estendido, é o do colapso do processo penal, que não dá conta de tanta demanda (e talvez nem queira dar, porque isso demandaria um custo muito alto, o que não recomenda a também incidente lógica neoliberal). Com efeito,

se já com o Direito Penal tradicional era conhecida a importância do fenômeno citado como ‘cifra negra’ do delito, no sentido do desconhecimento da maioria dos fatos puníveis pela autoridade encarregada da persecução penal oficial e, ademais, conhece-se o poder seletivo do processo penal sobre aqueles casos que efetivamente ingressaram no sistema, pode-se calcular a incidência mínima que a persecução penal tem com um Direito Penal simbólico, raramente realizável, com um sistema de seleção arbitrário (não regulado juridicamente ou dependente do acaso da decisão humana), ao lado de uma máxima incidência, desde o ponto de vista orçamentário estatal. Ainda que sem qualquer prognóstico de êxito, a única explicação razoável seria a respectiva expansão do serviço estatal de persecução e de execução penal, o que já ocorreu ao se fixarem as bases do sistema no século XIX, quando novos bens jurídicos, basicamente individuais, agregaram-se à razão do Estado, o delito de *lesa majestade*. Se, por outro lado, essa expansão

---

criminalidad como cruzada contra el mal. En esto, el papel que representan la ‘opinión pública’ como gestonadora de políticas criminales y los *mass media*, por sí mismos, en amplificación de las demandas de aquella o de otros intereses, es determinante: ‘una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas legislativas penales’.” (destaques no original) “O neopunitivismo, que se manifesta na chamada expansão penal, é a questão central das reflexões político-criminais dos últimos anos, motivo pelo qual corresponde assumir que o direito penal atual (ou ‘moderno’, como se costuma denominá-lo) constitui um novo direito penal, contra-ilustrado, cujas características devem ser estudadas sob a designação de neopunitivismo, já que o traço distintivo deste estilo de direito penal, que engloba todos seus componentes, é sua marcada desumanização e um recrudescimento sancionador crescente. O saber jurídico penal se encontra, portanto, diante do desafio de afrontar ‘uma legislação e uma aplicação judicial do Direito que tendem ao intervencionismo e à restrição de não poucas garantias político-criminais clássicas’. Segundo DÍEZ RIPOLLÉS, o Estado social de direito contribuiu para a proliferação normativa por meio de regramentos e normas que superam o âmbito e a racionalidade da lei, mas que permitem melhores prestações para uma sociedade intervencionista. Ter-se-ia passado, assim, de um ‘direito penal liberal’, interpretado desde uma política criminal orientada a assegurar os direitos individuais do acusado, a um ‘direito penal liberado’ de tais limites e controles, que se orienta ao combate da criminalidade como uma cruzada contra o mal. Neste, o papel que representam a ‘opinião pública’ como gestora de políticas criminais e os *mass media*, por si mesmos, amplificando as demandas daquela ou de outros interesses, é determinante: ‘uma opinião pública favorável é capaz de desencadenar, por si só, respostas legislativas penais’.” (tradução livre)

<sup>194</sup> Sobre o tema da expansão do Direito Penal e do Direito penal do inimigo ver, por exemplo: ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007; PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Trad. Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003; \_\_\_\_\_. **I nuovi confini della penality: introduzione alla sociologia della pena**. Bologna: Martina, 1996; \_\_\_\_\_. **Saggi sul governo della penality: letture integrative al corso di diritto penitenziario**. Bologna: Ed. Martina, 2007; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>195</sup> Ver, sobre o tema, interessante artigo de DIOGO RUDGE MALAN, no qual defende a existência de um processo penal do inimigo no Brasil, inserido pela lei 9.034/95. MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p. 223-259, março-abril de 2006.

carece de limites, tal como a expansão da pena estatal, o único que conseguirá responder dessa maneira, seguramente, será um Estado liberal ou policial, à moda Orwell, 1984, contrário ao Estado de Direito, indesejável para todos.<sup>196</sup>

Ao mesmo tempo, percebe-se o investimento em um abrandamento do poder punitivo do Estado para determinadas condutas, às quais não mais se aplicam penas privativas de liberdade (no Brasil, esse fenômeno se concretizou sobremaneira com a entrada em vigor das leis 9.099/95 e 9.714/98). E, ainda, simultânea e incoerentemente (ou coerentemente, se se pensar na vertente da justiça consensual, antes abordada) criam-se formas discutíveis de deflação de processos penais, a exemplo da composição civil dos danos na ação penal pública (o Estado pode “abrir mão” da ação penal – que é obrigatória se presentes as condições da ação – se a vítima tiver interesse na conciliação) e a transação penal (em que se discute se não há aplicação de pena sem processo), da lei dos juizados especiais criminais, e da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo (consoante se pode verificar da lei 10.684/2003, art. 9º). Tudo acontece ao mesmo tempo, com sérias contradições internas, e muito pouco se faz para mudar esta realidade, que é, no mínimo, chocante<sup>197</sup>.

É o que ressalta, exatamente, MARIA LÚCIA KARAM, ao falar das penas alternativas:

a ‘luva de ferro’ do vitorioso Estado mínimo das pregações liberais não se expressa apenas no aumento do número de pessoas submetidas às dores da privação da liberdade. Nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, a materialização do controle social formal, desenvolvido mediante o exercício do poder do Estado de punir, diversifica-se e amplia-se. [...] Neste contexto, paralelamente à simbolicamente indispensável e crescente mais rigorosa pena privativa de liberdade, destinada aos apontados ‘infratores perigosos’, utilizados, por meio de sua exposição no concentrador espaço carcerário, para construção e propagação da imagem do criminoso, surgem as chamadas penas alternativas – penas outras que não a prisão, restritivas e não privativas da liberdade – não como reais substitutivos da prisão, no sentido de uma amenização de seus sofrimentos, de uma humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.<sup>198</sup>

Vive-se, sem dúvidas, a realidade de um Direito Penal de *três velocidades*,

<sup>196</sup> MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: \_\_\_\_\_. **Antología.** El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 906-907. (destaques no original) (tradução livre)

<sup>197</sup> Basta dedicar algumas poucas horas para ler, por exemplo: BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990 ou assistir ao documentário brasileiro: **Justiça**, de Maria Augusta Ramos.

<sup>198</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais:** a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.



como assevera JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ:

uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade de sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*. Como se pode facilmente depreender do exposto nas páginas anteriores, um Direito Penal da ‘terceira velocidade’ existe já, em ampla medida, no Direito Penal socioeconômico.<sup>199</sup>

Assim também se manifesta VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE, falando da trajetória de eficácia invertida do projeto penal (permitindo abranger, também, o processo penal). Segundo a autora, ao lado da desconstrução deslegitimadora do sistema pena, causada pelo desmascaramento dos princípios liberais e das teorias da prevenção especial e geral, que traz em si uma demanda de fortalecimento das garantias individuais e de modos alternativos de solução de conflitos, o sistema penal experimenta, ao mesmo tempo, uma demanda relegitimadora proveniente da ascensão do movimento de lei e ordem, de recrudescimento da ação estatal, bem assim uma demanda de expansão do Direito Penal para a “tutela” de novos bens. Vive-se, assim, um momento de reivindicações contraditórias para o sistema penal.<sup>200</sup>

Ademais, afora a convivência de lógicas distintas dentro do sistema penal, que se alastram também para o processo penal, é preciso ressaltar ainda que durante muito tempo investiu-se numa visão asséptica e tecnocrática do processo penal, completamente alijado da Política Criminal, por várias razões: porque considerado apenas um apêndice do Direito Penal, por conta da influência de uma Teoria Geral do Processo e em razão do procedimentalismo, que via no processo apenas um conjunto burocrático de trâmites. Com o tempo, porém, percebeu-se (ou melhor, admitiu-se) a importância fundamental do processo dentro de todo o sistema penal, já que configura a própria justiça penal. Desse modo, “a colocação da justiça penal dentro do sistema penal é estratégica e o modo como aquela se organiza influi

<sup>199</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148. (destaques no original)

<sup>200</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 295-297.

decisivamente na ‘configuração’ da política criminal, e também influi na sua ‘formulação’.<sup>201</sup>

Mas, por conta de toda sua inevitável relação com o Direito Penal e com a Política Criminal, desde meados dos anos 70 do século passado, conforme descreve MASSIMO NOBILI, percebeu-se um movimento no sentido de o processo não só se configurar como um instrumento de aplicação do Direito Penal<sup>202</sup>, mas um instrumento a incidir de imediato sobre os indivíduos como um meio antecipado de controle social, como uma forma de poder punitivo em si mesmo.<sup>203</sup> Em verdade, como denuncia AURY LOPES JR., esta função tem sido cumprida especialmente através das medidas cautelares pessoais, já desde a fase da investigação

<sup>201</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 63. (tradução livre)

<sup>202</sup> Neste sentido, interessante é a ponderação de GAETANO FOSCHINI, que não é afeto à tradicional visão do processo como instrumento do direito material. Entende ser uma compreensão equivocada do processo, porque, em síntese, ele “implica sempre e necessariamente in se stesso la realtà giuridica nella sua unitarietà (inscindibile nei momenti obiettivo e subiettivo), realtà che proprio attraverso il processo si evolve e quindi vive, poichè il processo rappresenta proprio la evoluzione e quindi il vivere di quella medesima realtà giuridica; proprio così come una reazione chimica, cioè un processo della realtà fisica, non è uno strumento degli elementi che reagiscono, ma implica necessariamente in sè e comprende la materia che, reagendo, si trasforma e vive.” “sempre e necessariamente implica em si mesmo a realidade jurídica em sua unidade (indivisível nos momentos objetivo e subjetivo), realidade que justamente através do processo se transforma e, logo, vive, já que o processo representa exatamente a evolução e, assim, o viver daquela mesma realidade jurídica; tal como uma reação química, ou seja, um processo da realidade física, não é um instrumento dos elementos que reagem, mas implica, necessariamente, em si e compreende a matéria que, reagindo, transforma-se e vive.” FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 3-4. (tradução livre). No mesmo sentido se manifesta em **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 3-6; p. 399-401; p. 461-464. Em outras palavras, o autor privilegia uma visão do processo como algo concreto, como realidade jurídica em toda sua complexidade e, neste passo, o direito substancial, abstrato, é que, ao contrário, poderia ser visto como instrumento do processo, já que critérios hipotéticos dos quais se vale o magistrado para a formulação de seu juízo no caso concreto. FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 4. “il processo non è che la espressione più saliente del vivere stesso del diritto, anzi, per quel che riguarda il diritto penale il processo ne è espressione necessaria, per comprendere che non può la vita essere strumento della materia, perché la vita non è che la stessa materia nella sua manifestazione vitale. Che il processo sia vita del diritto significa che il processo è lo stesso diritto nel suo vivere e quindi non può essere considerato strumento perché sarebbe strumento di sè stesso; sarebbe così come se l'uomo considerasse la propria vita quale strumento del proprio corpo vivente, cioè strumento di sè medesimo.” “O processo nada mais é do que a expressão mais evidente do viver em si do direito; ao contrário, no que tange ao direito penal, o processo é sua expressão necessária, para compreender que não pode a vida ser instrumento da matéria, porque a vida não é senão a própria matéria em sua manifestação vital. Que o processo é a vida do direito significa que o processo é o próprio direito no seu viver e, logo, não pode ser considerado instrumento porque seria instrumento de si mesmo; seria como se o homem considerasse a própria vida como instrumento do próprio corpo vivente, ou seja, instrumento de si mesmo.” FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 399-400. (tradução livre)

<sup>203</sup> NOBILI, Massimo. Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello stato – epistemologia. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. II: Procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 479.

preliminar<sup>204</sup>, além de ser evidenciada também no processo penal, sendo possível falar mesmo em penas processuais, inclusive pela estigmatização produzida pelo desenvolvimento de um processo penal.<sup>205</sup>

Na verdade, então, em virtude da estreita relação com o Direito Penal, o que se deve ver no processo penal é outro instrumento daquilo que EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI chama de criminalização secundária<sup>206</sup>. Que é instrumento de política criminal não se duvida, justamente pela ligação que deve ter com o direito material<sup>207</sup> (aliás, eis a grande vitrine do poder estatal – não é à toa que os ditadores procuraram sempre ter as suas legislações criminais) mas, da mesma forma, contribui para a seleção dos destinatários do sistema punitivo, de regra, os que têm alguma vulnerabilidade com relação ao referido sistema, o que na grande maioria dos casos recai sobre os estereótipos, os “*inábeis*”, ou seja, aqueles que, por

<sup>204</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55-56: “Nessa mesma linha, as Medidas Cautelares Pessoais têm sido usadas para sedar a opinião pública (ou seria opinião publicada?), transformando-se em pena antecipada, com clara finalidade de exemplaridade e imediata prevenção geral e especial. Tais funções (prevenção geral e especial e retribuição) são funções exclusivas de uma pena, que supõem um processo judicial válido e uma sentença condenatória transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar. Sem embargo, atualmente, têm-se atribuído à prisão cautelar a função de controlar o ‘alarme social’ através (*sic*) famigerada prisão preventiva para garantia da ordem pública. Por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Em suma, a prisão preventiva para garantia da ordem pública/econômica é uma verdadeira pena antecipada, violando claramente o devido processo legal e a presunção de inocência.” (destaques no original)

<sup>205</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58: “Por isso entendemos que o *processo é uma pena em si mesmo* e que existem penas de autêntica natureza processual. Neste sentido, explica Ferrajoli, existe um amplo rol de sanções *ante, extra ou ultra delictum e ante, extra ou ultra iudicium*, incluindo com especial destaque as prisões cautelares e toda série de medidas de ‘garantia da ordem pública’ que são atribuídas ao instrutor (juiz, promotor ou polícia). Não só o o processo é uma pena em si mesmo, senão que existe um sobrecusto do desenvolvimento inflacionário do processo penal na moderna sociedade das comunicações de massas. Sem dúvida que se usa a incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública. A proliferação de milhões de processos a cada ano, não seguidos de nenhuma pena, somente com o fim de gerar certificados penais e degradados *status* jurídico-sociais (de reincidente, perigoso ou à espera de juízo etc.) é sinal do grau de degeneração que alcançou o instrumento. São casos de *patologia judicial*, em que o processo penal é utilizado como uma punição antecipada, para a perseguição política, para gerar a estigmatização social, como forma de intimidação policial e inclusive com um degenerado fim de prevenção. A difamação pública por meio do processo penal tem o caráter de pena exemplar e dissuasória. [...] E devemos destacar que, em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas pela simples acusação, quando o indivíduo todavia ainda deveria estar sobre (*sic*) a esfera de proteção da presunção de inocência. Muitos processo infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal em si mesmo produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito.”

<sup>206</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43 e ss.

<sup>207</sup> Sobre esse tema, veja-se: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

ignorância, acabam cometendo os crimes mais grosseiros e violentos, que causam maior repercussão e que, se repreendidos, passarão à população a idéia de que o Estado está cumprindo seu papel<sup>208</sup>, como reconhece expressamente, por exemplo JULIO MAIER<sup>209</sup>. Basta ver, por exemplo, a impossibilidade dos menos afortunados contratar advogados ficando, na maioria das vezes, prejudicados em sua defesa técnica e que assim continuarão até que se resolva cumprir a Constituição e estruturar as Defensorias Públicas. Atualmente, no entanto, outras categorias de pessoas já podem ser inseridas nessa seleção, a começar por aqueles que são acusados de crimes econômicos e criminalidade organizada.

Ora, o raciocínio acaba sendo bem simples: se as condutas investigadas pelas agências policiais são basicamente sempre as mesmas, praticadas pelo mesmo “tipo” de pessoas, são essas mesmas pessoas que serão acusadas pelo Ministério Público e serão elas as processadas pelo Estado (que só age, lembre-se, quando provocado e na medida da provocação), sendo elas, então, as grandes destinatárias das decisões vinculantes e cogentes do Estado ao acertar o caso penal e, de consequência, são as mesmas a se submeterem às regras e infelicidades da execução penal. É o processo, logo, um dos instrumentos da seleção criminalizante secundária, especialmente porque regrado por leis em grande parte antidemocráticas e inconstitucionais.

Necessário se faz reconhecer, assim, que especialmente em dias de grande insegurança na sociedade<sup>210</sup> e descrença no Poder Judiciário (vulgar e curiosamente chamado pelo povo de ‘Justiça’) e na Segurança Pública em geral, os fins tradicionalmente delineados ao processo restam abalados. Não obstante, não se pode esquecer que a Jurisdição, da qual o processo é instrumento, até que surja nova definição, atua para dizer a lei no caso concreto, de forma vinculante e cogente, acertando o caso penal<sup>211</sup>, e tudo o mais é consequência direta desse acerto.

<sup>208</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43 e ss.

<sup>209</sup> MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: \_\_\_\_\_. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 906.

<sup>210</sup> Para uma análise consciente do tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 475-487.

<sup>211</sup> Sobre o caso penal, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

Assim, a par das críticas que podem ser realizadas – e devem ser realizadas – não se pode deixar de acreditar no processo, sobretudo, como um instrumento de garantia dos indivíduos perante o Estado e perante a sociedade, lembrando-se das palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ao aduzir que o fim do processo penal é

obstar à insegurança do direito que necessariamente existe ‘antes’ e ‘fora’ daquele, declarando o direito do caso concreto, i.é, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo. O processo penal, longe de servir apenas o exercício (*sic*) de direitos assegurados pelo direito penal, visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito ao caso concreto, *hic et nunc* válido e aplicável.<sup>212</sup>

Uma vez, então, desvendados seus fins reais (assim como foram desvendados os fins reais da pena), não mais se deve mascarar ideologicamente os objetivos de um processo penal, para utilizar analogicamente os argumentos de MASSIMO PAVARINI quanto à pena<sup>213</sup>. Desse modo, ainda na esteira dos pensamentos do Professor de Bologna, deve-se utilizar da razão para limitar e não justificar ou idealizar a atuação do poder punitivo, também quanto ao processo penal. Deve funcionar o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, como limitador do poder punitivo do Estado.

No entanto, para que isso seja possível, há que se respeitar os princípios constitucionais hoje norteadores do processo e garantidores, sobretudo, da democracia processual. Não há devida solução dos casos penais sem que se garanta (eis o maior papel do juiz) absoluto respeito à ampla defesa e ao contraditório que pressupõe, certamente, a devida justificação das decisões judiciais<sup>214</sup> e a imprescindível estruturação das Defensorias Públicas, tudo isso aliado a um grande programa social de investimento em educação, trabalho, saúde, enfim, de investimento em vida diga para todos.

<sup>212</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 46.

<sup>213</sup> Trabalhados no item 1.1, *supra*.

<sup>214</sup> Sobre o fim do processo, há uma passagem interessante e bela de GIUSEPPE CAPOGRASSI: “(...) il giudice deve rifare presente il passato. E deve rifarlo presente per giudicarlo; perché deve applicare le leggi al caso, perché deve risolvere la crisi, perché deve ricomporre e far ritornare nel suo alveo la scomposta corrente dell’esperienza giuridica”. CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, 1950, p. 06. “o juiz deve fazer presente o passado. E deve fazê-lo presente para julgá-lo; porque deve aplicar a lei ao caso, porque deve resolver a crise, porque deve recompor e fazer retornar ao seu álveo a descomposta corrente da experiência jurídica.” (tradução livre)

Parece ter razão LUIZ GUILHERME MARINONI, embora sua exposição se dê no âmbito do direito processual civil, ao falar da jurisdição e do processo dentro do Estado constitucional. De fato,

*a jurisdição, no Estado constitucional, caracteriza-se a partir do dever estatal de proteger os direitos. Como é evidente, a idéia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, de atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.*<sup>215</sup>

É necessário, então, não fazer do processo um jogo, em que a busca da vitória supera a realização de um processo democrático, como alerta PIERO CALAMANDREI<sup>216</sup>, e não se esquecer de que para se acertar o caso penal é preciso tempo, “é uma estrada longa e acidentada aquela sobre a qual a justiça procede”, e ela será sempre uma justiça aproximativa, ante a impossibilidade de se acessar a Verdade dos fatos, como alerta FRANCESCO CARNELUTTI.<sup>217</sup>

### 1.2.2. A cultura inquisitória e a democracia incipiente

“O processo”, segundo GAETANO FOSCHINI, “uma vez que é vida do direito e o direito é a própria ordem social, de consequência no processo vigente, seja mesmo sob as migalhas secas de formas ultrapassadas, não pode palpar senão a alma do nosso tempo e do nosso país.”<sup>218</sup> E, em sendo um espaço de relação entre a liberdade dos homens e a autoridade do Estado, acaba por refletir exatamente o estágio do equilíbrio entre esses dois valores a existir em determinada sociedade, especialmente quanto ao processo penal.<sup>219</sup>

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 402. (destaques no original)

<sup>216</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.

<sup>217</sup> CARNELUTTI, Francesco. Crisi della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, a. XIII, n. 3, luglio-settembre 1958, p. 334.

<sup>218</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1960, p. 7. (tradução livre)

<sup>219</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1960, p. 7.

É o que também entende FRANCESCO GIANNITI:

o processo penal, em sua estrutura estática (regulada pelas normas de organização) e em seu desenvolvimento dinâmico (disciplinado pelas normas de funcionamento), é o *índice revelador das condições sociais* em que se encontra um povo em um determinado período histórico. Precisamente – segundo o modo com que garante os direitos do imputado, da vítima do crime e da sociedade na defesa contra a criminalidade; e, em particular, segundo o modo como pondera, sem sacrificar, as garantias de tal ordem tríplice dos direitos e com a qual satisfaz as exigências da exatidão e da rapidez do julgamento contra os perigos do erro e do arbítrio – o processo penal reflete os fatores constitucionais e políticos, econômicos e culturais de um determinado povo, exprimindo, assim, o grau de civilidade.<sup>220</sup>

De fato. Se é assim, torna-se absolutamente compreensível as atuais estruturas processuais da América Latina como um todo, inclusive o Brasil, pois, como assinala ALBERTO BINDER, conserva-se, aqui, “de uma maneira ou de outra, o velho sistema inquisitório”<sup>221</sup>, fruto, especialmente, da colonização. Passados mais de cinco séculos de aplicação, chega a ser mais do que um sistema processual, é um sistema completo de administração da justiça penal.<sup>222</sup>

Junto com o sistema inquisitório há uma cultura inquisitória arraigada nas sociedades latino-americanas, que têm como consequências estruturais: 1) uma mentalidade eminentemente formalista; 2) uma mentalidade burocrática; 3) o temor, por parte dos juízes e dos advogados, do descumprimento dessas formas, que são apenas ritos superficiais; 4) a utilização de uma linguagem jurídica obscura; 5) mentalidade conservadora e pouco criativa; 6) o sistema judicial como algo sagrado.<sup>223</sup>

A mentalidade formalista se caracteriza pelo apego não necessariamente ao ritual, mas sim à rotina, ou seja, às formas superficiais que conformam a vida cotidiana dos tribunais, verdadeiros tabus. Esse formalismo superficial forjou uma linguagem de difícil acesso, razão pelas quais as pessoas sentem que sempre precisam de um advogado não só para defendê-las, mas sobretudo para funcionar como tradutor daquilo que está ocorrendo perante o juízo. Também se verifica um

<sup>220</sup> GIANNITI, Francesco. **Prospettive criminologiche e processo penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 279-280. (destaques no original) (tradução livre)

<sup>221</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 200. (tradução livre)

<sup>222</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 200.

<sup>223</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 200-204.

apego aos trâmites, à estrutura arcaica e ineficiente dos tribunais, resultado de uma forte simpatia pela burocracia. E uma consequência direta dessa mentalidade formal e burocrática (ambas em sentido negativo) é o temor do descumprimento das rotinas estabelecidas.<sup>224</sup>

Outra característica da mentalidade inquisitiva latino-americana é de ser conservadora e pouco criativa. Raramente advogados ou juízes propõem reformas do sistema e quando o fazem, remetem a questões superficiais, como, por exemplo, a simples alteração de um prazo.

Ademais, para BINDER, em sendo decorrência do direito canônico, o sistema inquisitivo nunca conseguiu deixar de ter certo grau de sagrado, ainda que de maneira implícita, mesmo depois de tantos anos e de tantas revoluções liberais que procuraram justamente dessacralizar vários setores da vida pública. De qualquer sorte, mantém-se uma espécie de religião laica acerca da administração da justiça e do papel do juiz, como se este agisse investido por um poder divino.

Esta ‘sacralidade’ de todo o sistema judicial, particularmente do sistema penal, e a conseqüente função quase ‘sacerdotal’ que os juízes, às vezes, crêem ter – também presente em alguns tratados de ética da profissão de advogado – confere *uma rigidez ao sistema que o faz ser pouco inclinado a adotar soluções modernas para superar seu estado de crise*, controlar a sobrecarga de trabalho, como o princípio da oportunidade, a *probation* ou outras tantas saídas alternativas do sistema.<sup>225</sup>

A insistência nesse caráter sagrado da justiça penal é perigosa, dentre outras coisas porque pretende sempre legitimar a perseguição dos pecadores (uma autêntica “*cruzada contra o mal*”<sup>226</sup>) e, mais do que isso, deixar sempre claro que com o mal não se negocia, devendo ser perseguido até o fim.<sup>227</sup>

A leitura feita por BINDER da cultura inquisitória arraigada na sociedade latino-americana ajuda a explicar por que as reformas processuais têm sido tão difíceis, embora já se tenha o suficiente para compreender serem necessárias. Como ele mesmo arremata,

<sup>224</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 200-202.

<sup>225</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 203. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>226</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 203. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>227</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 203.



de fato, o sistema se sustenta em uma determinada cultura e essa cultura vem da existência de um determinado sistema processual. Assim como não se pode modificar a cultura sem mudar também o sistema processual, a mudança deste não garante, por si só, uma transformação imediata da cultura social.<sup>228</sup>

Mas a realidade, de qualquer forma, demanda mudanças, especialmente porque, em que pese ainda ser marcada por uma forte mentalidade inquisitória, o tempo acabou trazendo para dentro dos sistemas processuais elementos a eles estranhos, de um sistema a ele oposto, e que, atualmente, faz deles monstros, verdadeiras colchas de retalhos, quase impossíveis de serem aplicados.

É esta a realidade, ao menos, do Brasil. Desde as Ordenações Portuguesas, passando pelo Código Criminal de Primeira Instância, de 1832, pela Lei 261, de 1841, pela Lei 2.033, de 1871, até finalmente chegar o atual Código de Processo Penal vigente, de 1941, outorgado em plena ditadura Vargas, sempre se manteve um sistema inquisitório de processo penal, tendo o juiz a gestão da prova. E, apesar da linha mestra sempre ter sido o princípio inquisitivo, com o passar dos anos regras de cunho mais democrático ou mesmo de origem acusatória foram ingressando no ordenamento para, hoje, resultar em uma verdadeira mistura desordenada de normas, de difícil aplicação (inclusive porque muitos dos juízes, membros do Ministério Público e advogados ainda atuantes se formaram antes da Constituição de 1988 e resistem a conhecê-la e, mais ainda, a aplicá-la). É, de fato, difícil conciliar os preceitos democráticos da Constituição de 88 com muitas das normas do CPP, a começar, por exemplo, pelo art. 156, que trata da gestão da prova. É, também, difícil conciliar institutos afetos aos sistemas de *common law* a um sistema nitidamente de origem continental (*civil law*), como o brasileiro, como é o caso da transação penal, prevista na Lei 9.099/95.

Desde há algum tempo se verifica a necessidade de reformas na legislação processual, propostas estas nem sempre adequadas porém. Isso porque há quem defenda, posição esta sufragada por considerável parte da doutrina e mesmo da população, reformas para tornar as regras processuais penais ainda mais rígidas, ainda mais autoritárias, como um verdadeiro processo penal do inimigo<sup>229</sup>, como já referido.

<sup>228</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 204. (tradução livre)

<sup>229</sup> Eis a lógica do linchamento, à qual se refere MAIER. MAIER, Julio B. J. Estado Constitucional de Derecho y procedimiento penal. In: \_\_\_\_\_. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 902-903; 909.

Há, felizmente, também o outro lado. Há quem defenda a necessidade de democratização do processo como consequência necessária dos preceitos esposados na Carta de 88. Mudanças estas fundadas na manutenção e promoção da dignidade humana, em última análise. E mesmo dentre esses, há aqueles que ainda não se livraram da mentalidade inquisitória e que devem se policiar para não traíra si mesmos na primeira oportunidade. Como bem disse MASSIMO NOBILI no contexto das reformas italianas, lembrando as palavras de PIETRO NUVOLONE e GIANDOMENICO PISAPIA, “no fundo muitos daqueles que falam de ‘processo acusatório’, têm a inquisição, o processo inquisitório no coração.”, daí a famosa expressão de PISAPIA, que acabou sendo o título do artigo de NOBILI: “acusatório nos lábios e inquisitório no coração”.<sup>230</sup>

De tudo isso, resta então mais um problema, o de saber que tipo de reforma se terá da legislação processual, capaz de mudar – ou não – toda a estrutura de administração da justiça penal.

O que se tem vivido, por conta justamente do movimento pelo qual também passa atualmente o Direito Penal, é a edição de leis de emergência, bastante antidemocráticas, que têm sido responsáveis, inclusive, pelas tão criticadas reformas parciais da legislação processual penal. Muitos autores, como FAUZI HASSAN CHOUKR, têm denunciado os problemas que podem – e são – causados por esse tipo de conduta, de tornar a emergência a regra de normalidade.

Nesse sentido, cresce em importância a emergência como conceituada nesta obra, onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico, propagandeadas que são como a pronta resposta estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veiculação de sua existência deixa os noticiários. Se as pressões que lhes deram vida acabam, por motivos muitas vezes inconfessáveis, deixando o imaginário coletivo, o fato é que essas leis ficam, e o estrago cultural no sistema é por demais danoso, como adiante se verá, sobretudo com a análise da jurisprudência.<sup>231</sup>

Em que pese não exista vontade geral para uma reforma total do sistema penal, desde a investigação preliminar até a execução da pena – porque isso significaria mudança radical de postura – o que se fazem são apenas reformas pontuais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções

<sup>230</sup> NOBILI, Massimo. L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore. **Critica del diritto**, Roma, a. XVIII, n. 4/5, ottobre 1992, p. 14. (tradução livre)

<sup>231</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131-132.

Penais. Essas reformas, ao contrário do que se costuma defender<sup>232</sup>, em verdade, prestam um desfavor ao sistema criminal, transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, com sérias incoerências internas, que muitas vezes impedem a prática democrática no processo penal, sobretudo.

E, infelizmente, tais reformas contam com a postura benevolente de grande parte dos operadores do Direito, o que não é novidade, tal como advertia há muito tempo LUIZ ALBERTO WARAT, ao falar do senso comum teórico dos juristas<sup>233</sup>. Para FAUZI HASSAN CHOUKR, “esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma.”<sup>234</sup> Ou conta, também, com o

---

<sup>232</sup> Veja-se, por exemplo, as palavras da Professora Ada Pellegrini Grinover, condutora dos últimos projetos parciais de reforma, alguns aprovados em 2008, em artigo destinado justamente a comentar as propostas modificadoras do CPP: “O alinhamento de um número cada vez maior de países às idéias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando freqüentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro. Reforma, portanto. Mas que reforma? **A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexequível operacionalmente.** A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, **tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.**” GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, jul. / set., 2000, p. 65-66. (destaques não constam no original) Os argumentos da Professora, com todo respeito, não têm fundamento adequado. Primeiro porque eventual morosidade do Poder Legislativo não pode ser justificativa para não se propor um novo CPP. Em segundo lugar, a promessa de reformas tópicas, porém não isoladas não se cumpriram. Basta ver que a alteração do capítulo do interrogatório do acusado (arts. 185 a 196) simplesmente não teve o condão de se adequar ao próximo capítulo, o da confissão, já que a reforma do primeiro não alterou o dispositivo do art. 198, que permite expressamente que o juiz leve em conta o silêncio do acusado na formação de seu convencimento – ou seja, em dissonância com o alterado art. 186 (alterado pela Lei 10.792/2003), que trouxe para o CPP a garantia constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CR/88). Ou ainda, a reforma de 2008, trazida pela Lei 11.689/08, que extinguiu o libelo acusatório do rito do júri, não alterou o rol de nulidades do art. 564 do CPP, lá permanecendo, intacta, a alínea ‘f’ (Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia...).

<sup>233</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação**. v. 1 Porto Alegre: SAFE, 1994; **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979; **O sentido comum teórico dos juristas. A crise do direito numa sociedade em mudança**. (org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42.

<sup>234</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 110.

desconhecimento e o despreparo desses mesmos operadores, muitos ainda capazes de defender uma Teoria Geral do Processo.

Com efeito, é essa fragmentação da legislação, juntamente com a cultura inquisitória que está arraigada em todos, por razões várias, que permitem, a todo tempo, supressão de garantias processuais, chegando-se mesmo a interpretações *contra legem* e antidemocráticas, como ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>235</sup>, além da resistência gigantesca dos juízes em aplicar as regras constitucionais ou mesmo de se valer do controle difuso de constitucionalidade.

Pense-se, como exemplo, nos Juizados Especiais Criminais e toda alteração que trouxe ao processo penal que, se na teoria pareciam instrumento sério de acesso à justiça, na prática se revelaram verdadeiras afrontas ao pouco de bom já se tinha construído para o processo, a exemplo de se permitir aplicação de pena sem processo<sup>236</sup>, como visto acima. Ou mais recentemente, na reforma parcial trazida pela Lei n. 10.792/03, no que se refere ao interrogatório judicial que, a princípio, permite ao Ministério Público e ao defensor intervir no ato antes (mesmo pós-88) privativo do magistrado: basta a leitura da nova redação dada ao art. 188<sup>237</sup>, para se concluir como o juiz ainda é o gestor das provas (e, mais grave, interfere na própria defesa do acusado, especialmente se se tem o interrogatório como um meio de defesa).

Por outro lado, não só a mera mudança da lei não dá conta de mudar a situação atual, como já se disse, mas mais grave do que isso, vive-se um momento de descrédito da lei, como ressalta ALBERTO BINDER, justamente porque ela sempre conviveu – e convive – com situações de desigualdade, de exclusão, de pobreza, que pouco tem a ver com igualdade, liberdade e dignidade dos seres humanos.<sup>238</sup> Segundo ele,

---

<sup>235</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 42.

<sup>236</sup> Sobre o tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa efetivação constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org) **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 03-14.

<sup>237</sup> “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes *se o entender pertinente e relevante*”. (destaques não constam no original)

<sup>238</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 297-316.

vivemos em uma sociedade onde o descumprimento sistemático da lei se oculta atrás de uma cortina de normatividade *profusa*. Muitas leis que ninguém conhece e ninguém aplica. Uma ordem jurídica *gasosa*, uma produção normativa descontrolada e muitas vezes irresponsável e uma técnica legislativa confusa e favorecedora da litigiosidade. Por trás dessa cortina de fumaça, produzida pela inflação legislativa, nasceu, cresce e se reproduz a sociedade de privilégios, cuja pior versão é a exclusão social de grandes setores da população e cuja maior insensatez é a exclusão, às vezes massiva, das novas gerações.<sup>239</sup>

Alerta ainda que a “justiça dos reis”, trazida pelos espanhóis, portugueses e franceses, funcional aos interesses coloniais e à concentração de poder, nunca foi pensada para ser convertida em uma justiça republicana, muito menos para cumprir a lei. Ao longo da história, essa dependência originária só se acentuou, seja ainda nas primeiras fases da colonização, seja já no último século, com a submissão do Judiciário aos regimes totalitários<sup>240</sup>. E o pensamento jurídico dedicou boa parte dos dois últimos séculos a consolidar tal realidade. Isso a tal ponto de a lógica acabar se invertendo: quanto mais débil uma pessoa, menos ela se sente protegida pela lei<sup>241</sup>.

De qualquer sorte, ainda há uma esperança na lei. Na esfera criminal, esse movimento em prol da lei adquire força ainda maior quando se percebem ser o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito da Execução Penal as esperanças de limitação do poder punitivo do Estado, estando, portanto, configurados em benefício dos acusados em geral. São direitos que dependem das leis.

Ademais, o sistema inquisitório encontra-se no ápice de sua crise, pois passa por uma crise de eficácia, crise de preservação da dignidade da pessoa humana, por uma crise de legitimidade<sup>242</sup>, de maneira que a reforma há que ser feita em diversas dimensões, como sugere BINDER: “modificação dos sistemas de investigações, o restabelecimento das garantias processuais como parte essencial dos direitos fundamentais das pessoas, e a recuperação da legitimidade e do papel social da justiça.”<sup>243</sup>

Toda essa mudança, no entanto, é difícil, custosa e pode ser bastante lenta,

<sup>239</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 298. (destaques no original)

<sup>240</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 300-301.

<sup>241</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 301.

<sup>242</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 204-206.

<sup>243</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 218. (tradução livre)

seja pela necessidade de sensibilização da sociedade para a reforma<sup>244</sup>, seja porque deve ser realizada em um ambiente sócio-político-cultural que passa por um processo de democratização, como é o caso do Brasil e de toda a América Latina em geral, nos quais valores importantes ainda estão sendo sedimentados. Neste contexto, como afirma FAUZI HASSAN CHOUKR, assume um papel importante no impedimento da evolução das coisas a já referida legislação de emergência:

a situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re) democratização, onde os valores que lhes são próprios mal estão estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade.<sup>245</sup>

Com tudo isso pareceu bastante preocupado JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, falando do trabalho da Comissão externa de juristas do Senado Federal que elaborou o anteprojeto de mudanças do Código de Processo Penal: “enfim, pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”.<sup>246</sup>

Parce evidente, assim, a necessidade de se repensar o sistema criminal brasileiro, e, portanto, todos os seus componentes: o sistema penal, o sistema processual penal e o sistema de execução penal. Também é evidente que ao se pensar em reforma, deve-se ter em conta que deve ser refletida a partir da realidade brasileira, no máximo, da América Latina (melhor mesmo é que se pense no Brasil). Claro que os ordenamentos europeus, sobretudo, sempre foram fonte certa de pesquisa para os brasileiros (na verdade, para os latino-americanos), por razões compreensíveis. No entanto, é mais do que chegada a hora de se pensar por si mesmo, a partir de suas necessidades, a partir de sua realidade. O belo e repleto de civilidade discurso europeu é um discurso ideal, um dever-ser que definitivamente não se aplica ao ser brasileiro.

<sup>244</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 219.

<sup>245</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 132.

<sup>246</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio> Acesso em 13/01/10.

Como bem ressalta ALBERTO BINDER, o projeto de reforma dos sistemas criminais latino-americanos deve ser, antes, um projeto de construção de democracias reais. É, de fato, um desafio:

temos que construir uma república, uma democracia e um Estado de direito em uma sociedade desigual e na qual a desigualdade não é apenas diferença, mas significa que setores majoritários, ou pelos menos milhões de pessoas, vivem muito abaixo das condições elementares de uma vida digna<sup>247</sup>.

É impensável, para ele, na América Latina, uma democracia que não leve em conta e não tenha como principal preocupação a redução das desigualdades<sup>248</sup>. Assim, é certo que a mudança jurídica pressupõe uma ação política. Mas essa ação política, tal como já compreenderam os intérpretes do Brasil<sup>249</sup>, só será eficaz se feita para os brasileiros, se adequada à realidade brasileira.<sup>250</sup>

O descobrimento de quem são os brasileiros (desde os pontos de vista cultural, político e econômico) e o desvelamento de sua realidade são condições prévias, pontos de partida, para se identificar o que é necessário mudar e como será feito esse processo de transformação a fim de que seja eficaz (ou, pelo menos, o mais eficaz possível).

Diversas interpretações já foram feitas do homem brasileiro e continuam sendo feitas outras tantas<sup>251</sup>, e em que pese as diferenças por vezes manifestas

<sup>247</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 306-307. (tradução livre)

<sup>248</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 306-307. (tradução livre).

<sup>249</sup> A começar pelos demiurgos do Brasil, os autores Celso Furtado, Sergio Buarque de Holanda, Caio Prado Junior e Gilberto Freyre.

<sup>250</sup> Consoante relembra DECCA, Edgar Salvadori de. Ensaio de cordialidade em Sérgio Buarque de Holanda. In: AXT, Gunter; SCHÜLER, Fernando (Orgs.). **Intérpretes do Brasil: ensaios de cultura e identidade**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004, p. 217: "Paradoxalmente, essa dependência da política à ontologia do ser nacional retira aquele elemento de indeterminação e de liberdade da própria ação política, que para ser uma ação criadora do novo deve se abstrair e até mesmo desencadear ali onde há a ausência do ser."

<sup>251</sup> A ver-se, por exemplo, dos seguintes autores e obras: FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. Rio de Janeiro: Maia e Schmidt, 1933; HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 20ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996; FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003; PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 23. ed. 7ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004; **História econômica do Brasil**. 46ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004; FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001; SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Duas cidades; Editora 34, 2000; CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi**. 3. ed. 16ª

entre elas, de uma forma geral se pode delas concluir várias das razões que explicam ser o Brasil um país em que a democracia até o presente não encontrou pleno desenvolvimento; pelo contrário, está ainda no início do longo caminho a ser percorrido. Parece não ser possível negar, entretanto, que a expansão capitalista tem um papel fundamental nessa conjuntura e, de conseqüência, nessa ausência de democracia, na constituição daquilo que JESSÉ SOUZA chama de subcidadania, em face da naturalização das desigualdades sociais:

[...] naturalização da desigualdade periférica não chega à consciência de suas vítimas, precisamente porque construída segundo as formas impessoais e peculiarmente opacas e intransparentes devido à ação, também no âmbito do capitalismo periférico, de uma ideologia espontânea do capitalismo' que traveste de universal e neutro o que é contingente e particular.<sup>252</sup>

Tem razão, então, VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE, ao defender a necessidade de se reconstruir o conceito de cidadania para além do positivismo normativista e do liberalismo, matrizes essas responsáveis pelo conceito moderno de cidadania, importado pela cultura jurídica do Brasil, cujo marco mais emblemático foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791.<sup>253</sup> Segundo a autora, em que pese o referencial continuar o mesmo (a Declaração Francesa), porque segue sendo um instrumento de reconhecimento formal (legal) da liberdade e igualdade dos homens, a noção de cidadania deve ultrapassar os limites do cidadão-eleitor, para abarcar também outros direitos, como os sociais, culturais, difusos, coletivos, dentre outros, admitindo-se, então, uma concepção pluralista e coletiva de cidadania.<sup>254</sup>

---

reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1987; RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 1ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; FERNANDES, Florestan. **Revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974; MATTA, Roberto da. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984; SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

<sup>252</sup> SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica**. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 179.

<sup>253</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

<sup>254</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71-74.



Desse modo, para a construção de uma definição adequada de cidadania, a autora sugere quatro deslocamentos: (a) que a cidadania não mais seja compreendida como uma categoria estática, com conteúdo definitivo, mas sim como um processo histórico e de dimensões políticas mutáveis; (b) que a cidadania não se resume aos direitos políticos, mas abranja todo o conjunto de direitos do homem, instituídos e instituintes, que implique, necessariamente, uma pedagogia da cidadania; (c) que a cidadania não seja mais compreendida desde um ponto de vista individual, mas sim pressuponha construções coletivas e plurais, permitindo a devida integração das diferenças<sup>255</sup>; (d) que a cidadania deixe de ser instituída pela democracia e passe a ser instituinte da democracia, ou seja, que se abandone o modelo liberal no qual a cidadania é moldada pelas exigências de uma democracia representativa, não existindo fora dela e se possa construir, no Brasil, uma cidadania fundante da democracia possível (“trata-se, pois, de pensar as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir das exigências que as diferentes lutas pela cidadania expressam e demandam”<sup>256</sup>).

Tudo isso considerado, a autora entende possível

chegar a uma aproximação conceitual da cidadania como sendo a dimensão de participação/inclusão na e responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global...), e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambigüamente tensionado pela regulação social.<sup>257</sup>

A mudança do estado atual das coisas, logo, revela-se um processo deveras complexo, porque deve incidir sobre a cultura e deve ser um processo de inclusão daqueles que são marginalizados pelo sistema, especialmente pelo sistema criminal, em prol da construção de uma sociedade democrática e respeitadora da dignidade humana.

É preciso, então, como sugere ENRIQUE DUSSEL, num primeiro momento concentrar esforços para identificar e destruir as causas que levam ao surgimento das vítimas, dos excluídos, revelando a alma do discurso predominante (e, portanto,

---

<sup>255</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 75-77.

<sup>256</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 78.

<sup>257</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 77.

excludente) para, num segundo momento, desenvolver condições factíveis para que se viva bem dentro do sistema. Eis o desafio de uma ação libertadora:

na ação libertadora se procura transformar as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas *a partir das vítimas* e para que estas vivam, e não porque sejam as instituições abstrata ou intrinsecamente perversas (como para o anarquista) ou sistematicamente justificadas (como para o conservador reformista).<sup>258</sup>

Mais uma vez, as palavras da Professora VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE:

desta forma, o conteúdo da democracia e de suas instituições deve encontrar sua legitimidade, entre outros elementos, no conteúdo da cidadania. E, em vez de a cidadania moldar-se às exigências das instituições, estas é que devem moldar-se às exigências da cidadania, sob pena de, em face de sua ambigüidade constitutiva, produzir-se a hegemonia de seus potenciais reguladores sobre seus potenciais emancipatórios. O desafio da cidadania está, ininterruptamente, posto, para a teoria e a prática, o conhecimento e a ação, a academia e a rua, conjuntamente.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 567. (destaques no original)

<sup>259</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 78-79.

## PARTE II – O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

### CAPÍTULO II – DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL: O PAPEL FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO

#### 2.1. O processo justo e o processo devido

A análise do tema do devido processo tem demandado, há muitos anos, esforços consideráveis de estudiosos do Direito e da História. Ainda hoje muito se discute sobre as origens da expressão e, sobretudo, sobre o seu significado, e várias leituras aparecem.<sup>260</sup>

Tradicionalmente, faz-se remissão à Magna Carta Inglesa, de 1215, como o primeiro documento a trazer, ainda que indiretamente, a noção de devido processo legal<sup>261</sup>, ao falar, em seu artigo 39, que “nenhum homem será levado, preso, privado de seus bens, exilado ou de algum modo molestado, e não se procederão tais medidas, nem contra ele se mandarão proceder, senão através de um julgamento regular por seus pares ou de acordo com a lei do país.”<sup>262</sup> No entanto, a expressão em si aparece em uma lei inglesa de 1354, do vigésimo oitavo ano do rei Eduardo III, em seu capítulo III, onde consta “nenhum homem, seja de qual estado ou condição for, será expulso da terra ou do domicílio, nem detido ou aprisionado, nem deserdado, nem punido com a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal.”<sup>263</sup>

<sup>260</sup> Como se pode perceber, por exemplo, no texto de JUROW, Keith. *Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law*. **American journal of legal history**. v. 19, 1975, p. 265-266.

<sup>261</sup> Como asseveram JUROW, Keith. *Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law*. **American journal of legal history**. v. 19, 1975, p. 265 e PERCHINUNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione**. Bari: Cacucci Editore, 2005, p.14-15

<sup>262</sup> “39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.” Texto disponível em <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>. Acesso em 27.07.10. (tradução livre)

<sup>263</sup> “III. That no man of what Estate or Condition that he be, shall be put out of land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law.” Texto original disponível em: [http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/aep/1354/caep\\_13540003\\_enm\\_1](http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/aep/1354/caep_13540003_enm_1). Acesso em 27.07.10.

Já nos Estados Unidos da América, a expressão aparece em 1791, no texto do *Bill of Rights*, em sua quinta emenda (“Ninguém será preso para responder por um crime capital ou qualquer outro crime infame, a não ser por uma denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto nos casos decorrentes de forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de Guerra ou perigo público, nem qualquer pessoa será sujeita pela mesma infração duas vezes a perigo de vida ou graves ferimentos, nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, da liberdade, da propriedade sem o devido processo legal, nem a propriedade privada deve ser tomada para uso, sem a justa indenização.”<sup>264</sup>) e novamente em 1868, com a décima quarta emenda (seção 1) à Constituição norte-americana (“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a proteção igual das leis.”<sup>265</sup>).

Quanto ao significado da expressão, há controvérsias. A expressão da Magna Carta, *pela lei da terra*, é muito vaga e de difícil delimitação, pois, em suma, trata de todas as regras da terra, impossível de ser concentrado em uma única lei<sup>266</sup>. Questiona-se até mesmo se há uma relação entre os textos de 1215 e de 1354, defendida pela primeira vez – e difundida – por EDWARD COKE.<sup>267</sup> Da mesma

<sup>264</sup> “Amendment V. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” Texto disponível em [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html). Acesso em 27.07.10.

<sup>265</sup> “Amendment XIV. **Section 1.** All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Texto disponível em: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html). Acesso em 27.07.10.

<sup>266</sup> JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. *American journal of legal history*. v. 19, 1975, p. 271-272.

<sup>267</sup> JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. *American journal of legal history*. v. 19, 1975, p. 278-279: “In conclusion, it can be said that despite the attempt by Coke to define ‘per legem terrae’ in chapter twenty-nine of Magna Carta as ‘due process of law’, the two clauses never meant the same thing in English law. Unlike the term ‘by the

forma, há contradições na leitura do *due process of law*, a ponto de KEITH JUROW e PAUL HYAMS afirmarem que na origem inglesa ela tinha um significado muito menor do que a ela querem dar, de regra, os estudiosos contemporâneos.<sup>268</sup> Para JUROW, a expressão *due process of law*, na lei de 1354, deve ser interpretada no conjunto do texto e, assim (ou seja, da leitura dos demais capítulos), pode-se chegar à conclusão de que o processo devido é aquele em que o julgamento das pessoas não pode ocorrer sem a sua presença, à sua revelia.<sup>269</sup> Ademais, para HYAMS, a leitura do texto de 1354 deixa claro que eram admitidos tratamentos diferenciados entre as pessoas do reino em uma lógica diferente das distinções permitidas na leitura moderna do processo devido.<sup>270</sup>

---

law of the land', an ambiguous phrase over whose meaning Englishmen argued for centuries and spilled a considerable amount of blood, the term 'due process of law' and the word 'process' were always used in the most precise and consistent way. Rodney Mott was simply wrong when he equated 'due process of law' with 'the law of the land' in his work on the development of due process. To confound the two is to both misunderstand the complicated development which 'the law of the land' underwent during five centuries of English history and to give 'due process of law' a role in that history which is quite unjustified. As disconcerting as it might be to those of us who have cherished 'due process of law' as the ancient foundation of our liberties, Mott was mistaken when he confidently declare that 'In the great constitutional crises involving life, liberty and property, it was the concept of 'due process of law' which took hold of men's minds most mightily'. The term 'due process of law' never played a crucial role in the development of English law. It was to chapter twenty-nine of Magna Carta and the phrase 'by the law of the land' that men turned during the great crises of English liberty." "Concluindo, pode-se afirmar que, apesar das tentativas de Coke em definir "per legem terrae", no vigésimo nono capítulo da Magna Carta, como "devido processo legal", as duas cláusulas nunca significam a mesma situação no direito inglês. Ao contrário do termo "segundo a lei da terra", uma frase ambígua sobre cujo significado os ingleses discutiram durante séculos e derramaram uma grande quantidade de sangue, o termo "devido processo legal" e a palavra "processo" foram sempre usados num contexto mais preciso e consistente. Rodney Mott, simplesmente, estava errado quando equiparou, em seu trabalho sobre o desenvolvimento do devido processo, "devido processo legal" com "segundo a lei da terra". Confundir ambos, é não apenas mal compreender o complicado desenvolvimento pelo qual passou – "segundo a lei da terra" – durante cinco séculos da história inglesa, mas também dar ao "devido processo legal" um papel nesta história pouco justificável. Para desconcertar, o quanto possível, aqueles como nós que cultivam o "devido processo legal" como a antiga fundação de nossas liberdades, Mott se equivocou quando confiantemente declara que 'nas grandes crises constitucionais envolvendo vida, liberdade e propriedade, foi o conceito do "devido processo legal" que tomou conta da mente dos homens mais poderosos'. O termo "devido processo legal" nunca exerceu um papel crucial no desenvolvimento do direito inglês. Foi para o capítulo vinte e nove da Magna Carta e a frase "segundo a lei da terra", que os homens se voltaram durante as grandes crises da liberdade inglesa". (tradução livre) Ressalte-se que a menção ao capítulo 29 se dá pelo fato de que em algumas versões da Magna Carta o original capítulo 39 aparece como 29 em algumas reedições.

<sup>268</sup> JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. *American journal of legal history*. v. 19, 1975, p. 266-267; HYAMS, Paul. Due process versus the maintenance of order in European law: the contribution of the *ius commune*. In: COSS, Peter. *The moral world of the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 71.

<sup>269</sup> JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. *American journal of legal history*. v. 19, 1975, p. 267.

<sup>270</sup> HYAMS, Paul. Due process versus the maintenance of order in European law: the contribution of the *ius commune*. In: COSS, Peter. *The moral world of the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 71.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, ao discorrer sobre as origens inglesas do processo equitativo, faz também menção às leituras de COKE e de BLACKSTONE como leituras restritivas do processo devido, significando apenas a adequação das regras para o processamento de uma pessoa, aquilo que os norte-americanos tratam de *process with a small scope*, porque tratava apenas do processo judicial. Distinta é a concepção que o processo devido vai assumir nos Estados Unidos, agora sob a idéia de um *process with large scope*, “compreendido como um processo político valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais.”<sup>271</sup>

Na tradição norte-americana, é sobretudo o trabalho da Suprema Corte que dá os contornos do conteúdo do devido processo legal, muitas vezes com posições até mesmo contraditórias, como pondera FRANCESCO PERCHINUNNO.<sup>272</sup> Entende-se possível falar em devido processo desde o viés processual (*procedural due process*) e desde o viés substantivo (*substantive due process*). Assim, o *procedural due process* procura assegurar às partes um processo que se desenvolva de maneira correta, nos termos da lei, com contraditório, juiz imparcial, dentre outras garantias, enquanto o *substantive due process* diz com verificação da legitimidade constitucional das leis e atos em face da décima quarta emenda (submetidos ao que se chama de *rationality test*).<sup>273</sup>

Assim, a qualificação de um processo como justo passa por dois momentos necessários: em um primeiro exame, deve ser verificado se o processo realizado observou ou não o processo criado pela lei para aplicação de sanções privativas de vida, liberdade ou propriedade; num segundo momento, não bastando que o processo seja legal, portanto, analisa-se se a lei criadora do processo é materialmente informada pelos princípios de justiça, de não privação aos indivíduos de seus direitos fundamentais. A rigor, então, “o ‘processo devido’ começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa”.<sup>274</sup> Trata-se de

<sup>271</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.

<sup>272</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo: dalle origini all’attuazione**. Bari: Cacucci Editore, 2005, p. 15.

<sup>273</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo: dalle origini all’attuazione**. Bari: Cacucci Editore, 2005, p. 14-18.

<sup>274</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494.

“*proteção alargada de direitos fundamentais* quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas.”<sup>275</sup>

Nos sistemas de *civil law*, a idéia do justo processo busca suas matrizes no direito norte-americano e aparece com o desenvolvimento do constitucionalismo e, especialmente após as guerras, as constituições européias se preocupam com o processo a ponto de desde então se poder falar em um direito processual constitucional que, desde o ponto de vista procedimental, procura assegurar a garantia à tutela jurisdicional para proteção de direitos, e do ponto de vista substancial, procura assegurar os pressupostos de um processo justo e, de consequência, da justa resolução dos conflitos.<sup>276</sup> EDUARDO COUTURE afirma, em complemento, que a transferência para os países de tradição romana do devido processo do *common law* se dá justamente com as Constituições do século XX.<sup>277</sup>

Consoante explica FRANCESCO PERCHINUNNO,

foi individualizado, justamente do exame das novas constituições rígidas, um processo de valorização de determinados fundamentos éticos do processo, terminando por conferir-lhes uma ‘plena legitimação e relevância jurídica no ditar as escolhas de civilidade democrática que são destinadas a condicionar, no tempo, o grau máximo de *aceitabilidade moral* das formas de tutela judiciária e das estruturas publicísticas, através das quais a justiça é administrada’. Trata-se de um processo parecido, em certos pontos, àquele que nos sistemas anglo-americanos transformou, no tempo, uma garantia de legalidade procedimental ou de justiça substancial, em uma mais ampla garantia de justiça substancial. É um processo que, seguindo os passos de uma interpretação do termo ‘due’ como sinônimo de um processo equo e justo, não tanto formal e extrinsecamente, quanto intrinsecamente, porque idôneo a atuar uma justiça concretamente imparcial, conduz à adoção de atos legislativos nacionais e internacionais que reconhecem a todos os indivíduos o direito a um processo equo e justo, como expressão de um direito mais amplo, o direito a um ordenamento justo. Decorre disso, sucessivamente, a idéia instrumental do processo que salvaguarda os perfis éticos do processo, além daqueles técnicos, garantindo o uso instrumental das garantias formais de processo para que sejam proferidas decisões de acordo com os valores de equidade substancial e de justiça procedimental.<sup>278</sup>

Essa noção continental européia de processo justo pode ser percebida também nos documentos internacionais. De uma maneira geral, os documentos internacionais trabalham com a proposta de um arquétipo de um processo justo,

<sup>275</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 495.

<sup>276</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo**: dalle origini all’attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005, p. 19.

<sup>277</sup> COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. IX, n.2, parte I, 1954, p. 84.

<sup>278</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo**: dalle origini all’attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005, p. 20-21. (tradução livre) (destaques no original)

como sendo aquele em que é garantido a igualdade entre as partes, o contraditório, o direito à prova, imparcialidade do juiz, juiz natural, publicidade dos atos processuais e a sua duração razoável. Na opinião de PERCHINUNNO, o modelo internacional do processo justo pode ser visto sob dois aspectos: um histórico-político e outro funcional. Quanto ao primeiro, tendo por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, representa uma fusão entre a tradição do *common Law* e a tradição europeia liberal da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Quanto ao aspecto funcional, o processo justo reclama não só a mera previsão dos direitos, mas também meios jurídicos de hábeis para fazer valer tais direitos.<sup>279</sup>

ENNIO AMODIO, ao enfrentar o tema do devido processo, explica que a opção, na Constituição italiana de 1948, art. 111, pela expressão *processo justo* se deu sobretudo pela opção ético-política de ir além da lei escrita, numa espécie de retomada do jusnaturalismo (jusnaturalismo processual), que se agrega ao moderno constitucionalismo. As origens da expressão certamente se encontram no *fair trial* inglês e no *due process of law* norte-americano.<sup>280</sup>

O importante é compreender que a idéia de ser necessário um processo adequado se dá em qualquer âmbito (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.), sendo evidente que a previsão, portanto, é genérica. No entanto, para a presente investigação, a ênfase é dada ao processo penal, que também há de ser devido.

Para MARIO VALIANTE, o processo penal moderno tem dois grandes objetivos: aperfeiçoar a técnica processual e, sobretudo, “estabelecer limites precisos para os órgãos estatais e rigorosas garantias para os cidadãos.”<sup>281</sup> Desse modo,

o processo penal, longe de ser um simples instrumento de justiça eficientista, deve constituir também e sobretudo um fato novo de liberdade, isto é, de desenvolvimento da personalidade do homem na liberdade, e de verificação do mesmo ideal de justiça, essencial para o crescimento da sociedade.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo**: dalle origini all'attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005, p. 21-22.

<sup>280</sup> AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 132-133.

<sup>281</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 21. (tradução livre)

<sup>282</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 21. (tradução livre)



Deve, então, o processo penal ser instrumento do qual se vale o Estado não só para julgamento dos fatos e dos homens, mas também instrumento por meio do qual se efetivam os direitos do homem e o desenvolvimento do bem comum; em outras palavras, deve efetivar os princípios constitucionais. É a pessoa humana o bem mais precioso em nome do qual age o Estado, lembra o autor italiano.<sup>283</sup> Ademais,

o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um 'processo devido' obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição e plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos.<sup>284</sup>

Por isso, tendo em conta os valores constitucionais e os documentos internacionais, especialmente do pós-Segunda Guerra, cresce a demanda por um processo justo, chamado também de devido processo legal ou de processo equo, alçado, inclusive, à categoria de direito fundamental do cidadão. Embora haja, bem se sabe, distância considerável entre as noções de justiça e de legalidade, o que se tem atualmente é o tratamento das duas expressões *processo justo* e *devido processo legal* como se sinônimas fossem<sup>285</sup>, ambas significando um processo adequado (justo e devido, não apenas legal), em que pesem as diferenças decorrentes das suas distintas origens e contextos.

Na verdade, o período pós-Segunda Guerra fez com nascesse a necessidade não só de proteção, em suma, da dignidade dos homens (daí a necessidade de regras constitucionais rígidas), mas também que se deixassem claro nos textos constitucionais os valores escolhidos como fundamentais por aquela sociedade. E isso, no âmbito das garantias referentes à justiça, estabeleceu verdadeiros fundamentos éticos do processo, como reflexo de uma escolha de civilidade democrática. Nesse passo, devido não é apenas o processo que é extrinsecamente justo (ou seja, do ponto de vista formal), mas exige que seja

<sup>283</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 22 e ss.

<sup>284</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493. (destaques no original)

<sup>285</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valore etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, 1998, p. 900, nota de rodapé n. 40. Trata também as expressões como sinônimos CANOTILHO: **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 492.

também intrinsecamente justo e equo, ou seja, conforme os valores escolhidos pelos homens livres, capazes de garantir uma justiça verdadeiramente imparcial<sup>286</sup>, ou o mais imparcial possível.

É compreensível, de qualquer sorte, que haja uma preocupação no sentido de que o processo seja qualificado pelos adjetivos justo ou devido. Evidentemente que são palavras que podem assumir diversos significados, a depender dos contextos a serem considerados. Atualmente, no entanto, justo e devido ligam-se aos preceitos constitucionais e de documentos internacionais sobre os direitos humanos. Assim, são justos, são devidos, são equos, os processos que respeitam os valores aí esposados, como expressão dos valores que todos os homens pretendem ver protegidos que, de uma maneira geral, são comuns ao menos aos países ocidentais, com pequenas variações. De regra, indicam os autores que o processo justo/devido/equo é aquele que respeita a igualdade, o contraditório, a defesa, a imparcialidade do juiz, a autonomia do juiz, juiz natural, dentre outros valores.<sup>287</sup> Por isso tantos problemas quando se está diante de uma legislação infraconstitucional essencialmente inquisitória, como no caso brasileiro. A efetivação do devido processo legal depende da adoção de uma estrutura acusatória de processo, porque só esta é capaz de dar vazão a tais valores.

De qualquer sorte, importante ressaltar que para os ordenamentos que adotam o *due process of law*, além de ser devido, o processo é aquele derivado da lei, em evidente ainda valorização do princípio da legalidade, mesmo em matéria processual, do que se falará mais adiante.

Quanto ao Brasil, especificamente, a garantia expressa do devido processo legal só aparece com o texto de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). E, diante da previsão genérica e em inciso específico da garantia, a definição de seu conteúdo deve levar em conta, além dos estudos doutrinários, vários documentos legislativos, para que se possa compreender, o que vem a ser e o que compõe o processo legal e devido.

Na esteira do que se percebe especialmente nos países da Europa continental, também na realidade brasileira, o conteúdo do devido processo legal

<sup>286</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valore etici e ideologie del ‘giusto processo’ (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, 1998, p. 898-899.

<sup>287</sup> PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo**: dalle origini all’attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005, p.19; 25-29.

pressupõe a eleição de valores que se quer proteger, os quais se encontram, em suma, no próprio texto constitucional. Assim, em sendo a República Federativa do Brasil declaradamente um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, dentre outros, são a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CR), os contornos de um processo adequado vai resultar não só desses fundamentos, mas também de uma análise sistemática de uma série de outros dispositivos constitucionais<sup>288</sup>, capazes de restringir, na medida do possível, o significado da expressão, de modo que possa ser efetivamente respeitada no exercício do poder jurisdicional.

Além disso, a delimitação do conteúdo do devido processo legal inevitavelmente reclama considerar os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário (e que, portanto, deve mesmo observar). Dentre os mais importantes, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948<sup>289</sup>, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966<sup>290</sup>, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969<sup>291</sup>.

Com efeito, é só a partir de uma reflexão ampla sobre todos esses elementos que se pode, enfim, pensar em uma razoável e adequada definição do devido processo legal, garantia essa que, em verdade, é a garantia-mãe de todas as demais, que contém todas as demais.

De uma maneira geral, então, considerados esses preceitos todos, pode-se dizer que a composição de um processo justo ou devido se dá não só pelo câmbio cultural e abandono do sistema inquisitório de processo, mas também pela conjunção dos princípios da igualdade, da legalidade, da dignidade humana, da divisão dos poderes, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio, das comunicações, do juiz natural, da ampla defesa, do direito de não produzir prova contra si mesmo, do contraditório, da publicidade, da presunção de inocência, da motivação das decisões, da independência dos juízes, da independência do Ministério Público, da assistência judiciária gratuita, do processo em tempo razoável. E, além desses, todas as garantias deles decorrentes<sup>292</sup>, sob pena de violação,

<sup>288</sup> Dentre eles, os seguintes artigos: 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 93, IX, 95, 99, 127, 128, 129, 133 e 134.

<sup>289</sup> Especialmente os artigos I, II, III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XII.

<sup>290</sup> Especialmente o artigo 14.

<sup>291</sup> Especialmente os artigos 5º, 7º e 8º.

<sup>292</sup> GREVI, Vittorio. **Alla ricerca de un processo penale 'giusto'**: itinerari e prospettive. Milano:

afinal, do processo devido.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, fazendo menção às mesmas categorias, defende inclusive a existência de um devido processo penal, decorrente do *nulla poena sine iudicio*:

daí o generalizado consenso de que o ente humano, membro da comunidade, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e no qual garantidos: a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial. [...] b) a estatuição, em lei regularmente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento acerca de fato tido como penalmente relevante; c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente. [...] d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito. [...] e) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material como tecnicamente. [...] f) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios, especialmente nos desfavoráveis ao imputado. [...] g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória. [...] Além do que, por certo, o indispensável complemento, relativamente à *execução da sentença penal condenatória*, no sentido da reiteração, naquilo que cabentes, das mesmas *garantias* e, particularmente, da imprescindibilidade da estrita observância do título executivo penal e da assecuração, ao condenado, de todos os direitos não atingidos pelo julgamento, ou pela lei, bem como dos nesta estabelecidos; vale dizer, da *legalidade da execução penal*.<sup>293</sup>

Também fala em devido processo penal ADAUTO SUANNES, fundado na dignidade da pessoa humana, que nada mais é do que a “‘etização’ da conduta do Estado enquanto ocupado na prevenção e repressão das condutas desviantes.”<sup>294</sup>

HERBERT L. PACKER<sup>295</sup>, estudando especificamente o processo penal, identifica dois modelos de processo<sup>296</sup>, a fim de que se possa, em suma, bem compreender a atuação do poder punitivo do Estado e, assim, os limites da atuação do Direito Penal. Desse modo, em sua concepção, há o modelo do *Crime control* e o modelo *Due process*, o primeiro evidentemente ligado à matriz inquisitória e o segundo, à acusatória.

Explica que para no *Due process* prima-se pela preservação dos indivíduos

---

Giuffrè, 2000, p. xvi.

<sup>293</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208-217.

<sup>294</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

<sup>295</sup> PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 113, n. 1, p. 1-68, November 1964.

<sup>296</sup> Sabe-se que os modelos de PACKER são ideais, mas o objetivo é ilustrar o que, genericamente, é levado em consideração em um sistema fundado no devido processo.

e pela limitação do poder estatal. Assim, a demanda por eficiência do processo tem menos valor, até porque, quando eficiência é sinônimo de atalhos, ela é rejeitada. Em outras palavras, abre-se mão da eficiência em prol do indivíduo. Por isso, tão pouco valor se dá às provas colhidas apenas pela polícia, bem como grande valor se dá à presunção de inocência, ao mesmo tempo que, ciente dos efeitos de uma condenação criminal, não admite e tenta reduzir ao máximo o risco de erros judiciários.<sup>297</sup>

Assim, ainda que com base no arquétipo de PACKER, fica desde sempre bastante evidente que não há como se pensar em realização de processo justo dentro de um sistema processual de feição inquisitória, tal como o brasileiro. Ademais, percebe-se que faz parte de um processo devido o efetivo contraditório entre as partes e a garantia de ampla defesa do acusado. Por outro lado, desde sua origem inglesa, é de comum acordo entre os autores que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal, a ser desenvolvido em tempo razoável (o que, aliás, é mais um elemento importante na defesa da ilegitimidade da justiça contratada). É bem verdade, por fim, que a previsão das garantias já está no texto constitucional, resta estabelecer mecanismos para torná-las reais, mormente quando se trata de processo penal, pelas as razões até aqui expostas e que ainda serão expostas a seguir.

## **2.2. O processo democrático: a importância da participação efetiva das partes em contraditório**

Compondo a exigência de um processo justo ou devido, assume particular relevância, para o presente trabalho, um ponto específico, qual seja, o de um processo democrático, no qual é assegurada a participação dos destinatários do ato final, que colocará fim ao processo.

---

<sup>297</sup> PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 113, n. 1, november 1964, p. 13-23..

Democracia<sup>298</sup> que, na esteira de ARNALDO MIGLINO, não deve significar apenas o estabelecimento de um procedimento de atuação do Estado (aliás, aí está o fundamento da legalidade, de que adiante se falará) – eis a importância do procedimento –, mas também garantia de valores que, da mesma forma, condicionam as decisões a serem tomadas.<sup>299</sup>

As democracias modernas se caracterizam pelas relações estabelecidas entre os cidadãos e as autoridades estatais. Àqueles é garantida, ainda que indiretamente (através do voto), participação política, e, ademais, são assegurados a todos os direitos civis que lhes garantem liberdade e independência, bem como a promoção, por parte do Estado, de melhores condições de vida, com a criação de oportunidades.<sup>300</sup> Os princípios regentes da democracia são, assim, a liberdade, a igualdade e a solidariedade.<sup>301</sup>

Os conflitos que surgem no âmbito da sociedade são resolvidos através do debate, e não da violência. “Verdadeiramente, ‘o poder democrático baseia-se, mais do que qualquer caso outro’, na palavra”<sup>302</sup>. Para tanto, são estabelecidos procedimentos que devem ser observados nas discussões<sup>303</sup> e, dessa forma, “as regras processuais da democracia são uma técnica de vida e, se forem cumpridas, significam que o inimigo não é mais considerado um inimigo, mas um adversário”<sup>304</sup>.

É certo, no entanto, que para que os conflitos sejam resolvidos dessa forma, indispensável que se reconheça a todos os interessados a oportunidade de participar da vida pública, seja através da eleição dos membros das assembleias,

---

<sup>298</sup> Ressalte-se que o objetivo do trabalho não é, em absoluto, discutir Democracia. Por isso se resgatam algumas idéias fundamentais para sustentação dos argumentos da tese e o autor escolhido para tanto, neste item, foi o italiano ARNALDO MIGLINO.

<sup>299</sup> MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Trad. Érica de Oliveira Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006, p. 20.

<sup>300</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 110-117.

<sup>301</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 134.

<sup>302</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112.

<sup>303</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112: “As diferentes opiniões e posições de interesse na sociedade fazem-se valer nos processos eleitorais, na discussão e votação nas assembleias, nos procedimentos que regulam o exercício do poder público, nas relações entre as diferentes estruturas de poder e assim por diante. **Mesmo os juízes são escolhidos e julgam mediante procedimentos.**” (destaques não constam no original)

<sup>304</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 114.

seja através do controle dos atos do poder público, seja através do respeito e promoção à dignidade humana, por parte do Estado.<sup>305</sup>

São, em síntese, os princípios essenciais da democracia atual:

- 1) Os valores fundamentais que a inspiram são liberdade, igualdade e solidariedade.
- 2) Esses valores são obtidos pela prevenção da concentração do poder na sociedade, nomeadamente os econômicos, políticos e de informação, e promovendo-se a difusão desse mesmo poder; organizando a comunidade não por ordens ditadas pelo capricho de certas pessoas, mas por regras estabelecidas nos interesses dos indivíduos que compõem a comunidade; promovendo a participação direta e indireta de todos os cidadãos na vida pública, proporcionando benefícios que satisfaçam as necessidades da comunidade e atenuem as desigualdades da vida política, econômica, social e cultural das relações entre os indivíduos.<sup>306</sup>

Toda essa concepção de democracia, aliada à proposta já referida da Professora VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE<sup>307</sup>, pode – e deve – ser aplicada ao Brasil<sup>308</sup>, e também trazida para o âmbito do processo, até porque a democracia diga-se “geral” só consegue se efetivar se observadas suas práticas em todos os setores da sociedade, como é o caso do processual<sup>309</sup>. Mas o que é certo é que não basta a previsão em abstrato das normas, importa também as práticas democráticas necessárias para o desenvolvimento do regime democrático, do processo democrático, como quer PIERO CALAMANDREI:

<sup>305</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.114-124; 127 e 129.

<sup>306</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 134.

<sup>307</sup> Ver item 1.2.2.

<sup>308</sup> Porque condizente com os fundamentos (art. 1º, CR/88), com os objetivos (art. 3º, CR/88) e com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos (arts. 5-17, CR/88), da República Federativa do Brasil.

<sup>309</sup> LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. VI, 1956, p. 419-420: “È senzaltro possibile formulare una nozione unitaria di democrazia, atta ad abbracciare qualunque sua concreta realizzazione, purchè vi concorrano alcuni caratteri essenziali. Tale nozione può essere sinteticamente espressa affermando che democrazia significa *governo ed azione popolare garantita* ed intendendo per *garanzia* ogni *sistema di norme* (anche consuetudinarie) volte a regolare lo svolgimento delle attività supreme, in maniera da realizzare un'ampia, efficace partecipazione ad esse di tutti gli operatori politici opportunamente legittimati a far valere le diverse esigenze politiche e sociali”. “É plenamente possível formular uma noção unitária de democracia, apta a abraçar qualquer um sua concreta realização, contanto que presentes alguns caracteres essenciais. Tal noção não pode ser sinteticamente expressa afirmando que democracia significa governo e ação popular garantida, compreendendo por garantia cada sistema de normas (mesmo costumeiras) voltadas a regular o desenvolvimento das atividades supremas, de maneira a realizar uma ampla, eficaz participação de todos os operadores políticos oportunamente legitimados a fazer valer as diversas exigências políticas e sociais.” (destaques no original) (tradução livre)

para fazer viver uma democracia não basta a razão codificada nas normas de uma constituição democrática, mas é necessário por trás delas a atenta e operante presença do costume democrático que saiba e queira traduzi-la, dia-a-dia, em concreta lógica e racional realidade.<sup>310</sup>

Como defende CARLO LAVAGNA, é possível trazer a democracia para dentro dos sistemas processuais, para serem, também, ambientes democráticos:

a essência e a concreta funcionalidade dos dois sistemas é justamente a *disciplina das atividades intermediárias*, por meio da instituição do contraditório, da configuração de um arbitramento formal e a realização de uma série de institutos particulares voltados a adequar o mais possível as atividades procedimentais ao fim último, substancial, qual seja, à *decisão justa* (nos ordenamentos processuais) e à *deliberação compromissada* (nos ordenamentos democráticos).<sup>311</sup>

Em sendo a democracia uma exigência para consolidação de um Estado de Direito, é certo que se precisa ter noção do quanto de trabalho ainda há por fazer na América Latina, conforme adverte ALBERTO BINDER<sup>312</sup>. Não se desconhece que tal consolidação ainda está longe de se realizar, bem como não se desconhece os argumentos sobre o possível caráter disjuntivo da democracia brasileira, apresentados por TERESA CALDEIRA, conforme exposição de LEONARDO SICA:

o que Caldeira verifica é um fenômeno comum em países que passaram recentemente por transições democráticas: 'muitos grupos sociais reagiram negativamente à ampliação da arena política e à expansão dos direitos' e 'encontraram no problema do crime uma forma de articular sua oposição' [...], o que se confirma quando percebe-se que, de um lado, houve uma expansão real da cidadania política, expressa por eleições livres e regulares, pela organização de partidos e sindicatos, pelo fim da censura e pela liberdade de expressão e de imprensa, etc.; mas de outro houve uma 'deslegitimação da sociedade civil', decorrente do aumento da repressão judiciária, do desrespeito aos direitos individuais, dos abusos por parte das instituições de ordem, do preconceito e da intolerância veiculados por meio do universo do crime; fatores que contrapõem-se às tendências democráticas, contribuindo para sustentar uma das sociedades mais desiguais do mundo.<sup>313</sup>

De qualquer sorte, não se pode abandonar o projeto de construção da democracia e, como tal, se por um lado se deve estar consciente de todos os

<sup>310</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 41. (destaques no original) (tradução livre)

<sup>311</sup> LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. VI, 1956, p. 419. (tradução livre)

<sup>312</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 306-307.

<sup>313</sup> SICA, Leonardo. Mediação, processo penal e democracia. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 297.



percalços, por outro se deve pensar em instrumentos para eliminá-los e consolidar uma sociedade mais igual. Assim, assumidos como valores fundamentais a liberdade, a igualdade e a solidariedade também para o processo penal, é possível pensar, então, em processo justo, em processo democrático, como aquele em que verificada efetiva participação das partes, e, nesta medida, assume papel fundamental, na realização da democracia processual, o contraditório, tal como esclarece PIERO CALAMANDREI<sup>314</sup>, o qual, embora tenha passado na história por momentos de quase esquecimento ou de desvalor, retoma, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, um lugar central no processo, o que se deve, sobretudo, a ELIO FAZZALARI<sup>315</sup>. Aliás, ainda que para muitos o contraditório não passe de um mito, o mito do triângulo, com acerto se posiciona FRANCO CORDERO, que afirma que “entre o mito do triângulo e aquele do juiz onisciente eu prefiro o primeiro.”<sup>316</sup>

É a presença do contraditório que traz para o processo sua necessária estrutura dialética<sup>317</sup>, que efetiva a oportunidade de participação dos interessados e que dá os contornos da relação entre cidadãos e Estado (Estado-juiz e Estado-Ministério Público). Um processo de partes, de índole acusatória, requer ampla oportunidade para que elas possam levar ao julgador os argumentos necessários para influenciar em seu convencimento. Em certa medida, consiste o contraditório

<sup>314</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 122: “Nel processo moderno, quello che risponde ai principi costituzionali degli ordinamenti democratici moderni, le due parti sono sempre indispensabili. Il principio fondamentale del processo, la sua forza motrice, la sua garanzia suprema, è il ‘principio del contraddittorio’: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*.” “No processo moderno, aquele que responde aos princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos, as duas partes são sempre indispensáveis. O princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o ‘princípio do contraditório’: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*.” (destaques no original) (tradução livre)

<sup>315</sup> PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” – Le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. 57, v.1, p.7-22, 2003. E também: Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. LIII, n. 3, v. II, p. 673-681, luglio-settembre 1998.

<sup>316</sup> CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: \_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 221.

<sup>317</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 124: “In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la *dialetticità*: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè alla iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all’acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudice e della controparte.” “Nisto consiste aquela característica, a mais preciosa e típica do proceso moderno, que é a dialeticidade: que significa que a vontade do juiz não é mais absoluta e soberana, mas sempre condicionada (mesmo no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, ou seja, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas. E o mesmo se pode dizer para cada uma das partes, cuja vontade e cuja atividade se plasma e se adequa em cada momento do processo aos estímulos que chegam do comportamento do juiz e da outra parte.” (tradução livre)

“naquilo em que cada um dos sujeitos processuais oferece o próprio pensamento para o repensar do outro. [...] uma troca de pensamentos [...]”.<sup>318</sup> E essa participação, complementa MARIO CHIAVARIO, por certo, há de ser exercida com lealdade<sup>319</sup>, caracterizando o *fair play* de PIERO CALAMANDREI<sup>320</sup>.

É a possibilidade de participação um dos pressupostos de legitimidade do exercício da jurisdição sobre os cidadãos. Como quer GAETANO FOSCHINI<sup>321</sup>, a participação, sobretudo a do acusado, é a base ética da jurisdição. Aliás, conforme ressalta GIROLAMO BELLAVISTA, a estrutura dialética que o processo deve assumir de fato exige a contraposição entre a acusação e a defesa. É exatamente o que exige a regra *audiatur et altera pars*. Fazendo menção às lições de FRANCESCO CARNELUTTI, lembra que a decisão do juiz deverá superar uma dúvida “e a dúvida implica duas soluções”<sup>322</sup> e que o juiz decide melhor quando diante delas. O problema existe, sobremaneira, quando não há a dúvida. Por isso a necessidade de que a acusação tenha o seu contrapeso, ou seja, a defesa, e o contraditório passa a ser o meio exato, então, para a proposição da dúvida.<sup>323</sup>

Retomando as expressões de ARNALDO MIGLINO, o contraditório é o que torna possível a resolução da dúvida (não propriamente do conflito, se se pensar no caso penal<sup>324</sup>) através do debate, e não da violência, argumento que também pode ser encontrado, por exemplo, em FOSCHINI, que afirma que “o contraditório, então, bem longe de ser uma luta [...] caso em que o processo seria uma guerra e logo

<sup>318</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 11. (tradução livre)

<sup>319</sup> CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 215-216.

<sup>320</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, 1950, p. 31: “Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermatore accorto e i goffi tranelli del truffatore.” “O processo não é apenas ciência do direito processual, não é apenas técnica da sua aplicação prática, mas é também leal observância das regras do jogo, isto é, fidelidade àqueles cânones não escritos de integridade profissional, que marcam os limites entre a elegante e valorosa maestria do esgrimista prudente e as desajeitadas armadilhas do enganador.” (tradução livre)

<sup>321</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 13.

<sup>322</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 172. (tradução livre).

<sup>323</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 172.

<sup>324</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba, Juruá, 1989.

semearia a discórdia e tenderia à destruição, é troca recíproca, é um tornar comum, é fusão, tende à paz e, assim, é criação.”<sup>325</sup>

Demais disso, é a presença efetiva do contraditório (ou a oportunidade efetiva do contraditório, se se pensar na autodefesa, que é disponível) que garante, ainda, o efetivo exercício do direito de defesa<sup>326</sup> ou, talvez, é o direito de defesa condição essencial para o estabelecimento do diálogo<sup>327</sup>. De todo modo, caminham certamente juntos<sup>328</sup>, são interdependentes, um é, ao mesmo tempo, pressuposto e efeito do outro.

Neste passo, ao se falar em contraditório, parece adequado, segundo FREDIE DIDIER JR., retomando as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI, distinguir dois aspectos: a bilateralidade da audiência (comunicação dos atos) e o poder de influência (possibilidade de influenciar o conteúdo da decisão final).<sup>329</sup> Ou ainda, como afirma o próprio MARINONI, a garantia da efetiva participação no processo se dá pela participação com paridade de armas, que, por sua vez, depende de uma adequada (e real) comunicação dos atos processuais e da concessão de prazos adequados para manifestação das partes.<sup>330</sup>

<sup>325</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 11-12. (tradução livre)

<sup>326</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 270.

<sup>327</sup> DALIA, Andrea Antonio. **Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale**. Napoli: Jovene, 1970, p. 65 e 77.

<sup>328</sup> É o que fica claro das palavras de Vincenzo Cavallari: “*Essenza del contraddittorio*. – Il principio del contraddittorio può dirsi pienamente attuato allorché, potendo partecipare al procedimento personalmente o, se lo voglia, per mezzo di un rappresentante nei casi consentiti dalla legge, la parte abbia garantita la possibilità di a) conoscere le opinioni, argomentazioni, conclusioni altrui; b) manifestare al giudice le proprie; c) indicare gli elementi di fatto e di diritto che le suffragano; d) esercitare un’attività propulsiva del processo (mediante la presentazione di richieste, istanze, opposizioni, impugnazioni, ecc.). **Da ciò consegue che all’integrazione del contraddittorio è necessario tanto l’intervento (personale o a mezzo di un rappresentante) dell’imputato al fine di rendere possibile la sua autodifesa, quanto la contemporanea assistenza da parte di un difensore per rendere possibile la sua difesa tecnica.**” (destaques não constam no original) CAVALLARI, Vincenzo. Voce: Contraddittorio – b) Diritto Processuale Penale. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. IX. Milano: Giuffrè, 1961, p. 730. “Essência do contraditório – O princípio do contraditório pode-se dizer plenamente realizado quando, podendo participar do procedimento pessoalmente ou, se quiser, por meio de um representante, nos casos permitidos pela lei, a parte tenha a garantida a possibilidade de a) conhecer as opiniões, argumentações, conclusões, alheias; b) manifestar ao juiz as suas próprias; c) indicar os elementos de fato e de direito que as sustentam; d) exercer uma atividade propulsiva do processo (mediante a apresentação de requerimentos, solicitações, oposições, impugnações, etc.). **Disso resulta que para a integração do contraditório é necessário tanto a intervenção (pessoal ou por meio de um representante) do imputado para tornar possível a sua autodefesa, quanto a contemporânea assistência por um defensor, para tornar possível a sua defesa técnica.**” (tradução livre) (destaques não constam no original)

<sup>329</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 42-43. O autor remete à seguinte obra de Luiz Guilherme Marinoni: **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 255-258 e 258/259, para ilustrar esses dois aspectos do contraditório.

<sup>330</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999,

No processo penal, mesmo a doutrina mais tradicional reconhece que para que o contraditório seja efetivo, não basta a bilateralidade da audiência, sendo necessária, ainda, a efetiva possibilidade de contrariar os atos/alegações da outra parte<sup>331</sup>. Para que se possa desenvolver o diálogo entre as partes, não basta que tenham conhecimento dos atos do processo (sejam delas ou do juiz), mas é preciso que tenham poder suficiente para, através de argumentos e proposição de provas, dentro de um prazo adequado, influenciar a decisão do magistrado (ou, ao menos, tentar influenciar).

Desse modo, não basta garantir que a defesa e a acusação sejam sempre comunicadas dos atos processuais e tenham chance de se manifestar, mas é necessário que possam, tanto quanto possível, ter as mesmas chances de influenciar a decisão final (eis a paridade de armas), tal como defende, também MARIO CHIAVARIO.<sup>332</sup>

No entanto, esclarece, com propriedade, PIERO CALAMANDREI:

---

p. 256-257: “A participação em paridade de armas é decorrência do princípio da igualdade substancial, devendo ser compreendida através dos critérios antes delineados para a justificação das diferenciações realizadas em nome da efetividade do contraditório. Afirma-se que a participação se verifica na instrução, mas é certo, como mostra Dinamarco, que instruir não é só provar, instruir significa preparar o provimento final. A instrução diz respeito a todas as alegações e atos das partes capazes de influenciar o juiz. [...] Como a participação exige conhecimento, e este, adequada comunicação, é imprescindível, em nome da efetividade da participação, que a parte seja devidamente comunicada sobre os atos processuais. [...] Para que a participação possa ser adequada é necessária, ainda, a consideração dos prazos conferidos às partes. A doutrina moderna afirma não só o direito ao prazo adequado, mas também que esse direito está inserido na cláusula do devido processo legal.” E continua nas páginas 258-259: “Como adverte Trocker, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a ‘influência’, entendida como *Mitwirkungsbefugnis* (Zeuner) ou *Einwirkungsmöglichkeit* (Baur), ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. [...] O direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados.”

<sup>331</sup> Tome-se, por exemplo, as lições de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “O contraditório é, pois, em resumo, *ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*.”

**Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

<sup>332</sup> CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona.** v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 172: “Si configura quindi un’esigenza che non è soltanto di presenza, ma di possibilità di partecipazione attiva, che, collegandosi con la già richiamata esigenza di parità delle armi, trova il suo più pieno sviluppo nel *contraddittorio* fra le parti, inteso appunto come incrocio delle attività mediante le quali ciascuna delle parti offre all’altra (od alle altre) ed al giudice i dati, le idee, le ragioni che ritiene meglio rappresentino i proprii interessi ed interloquisce sui dati, le idee, le ragioni provenienti dall’altra (o dalle altre parti).” “Configura-se, assim, uma exigência que não é apenas de presença, mas de possibilidade de participação ativa que, ligando-se à paridade de armas, encontra o seu pleno desenvolvimento no contraditório entre as partes, compreendido justamente como o cruzamento das atividades mediante as quais cada uma das partes oferece à outra (ou às outras) e ao juiz os dados, as idéias, as razões que entende melhor representarem os próprios interesses e dialoga sobre os dados, as idéias, as razões provenientes da outra (ou das outras partes).” (destaques no original) (tradução livre)

mas para que funcione plenamente, entre juiz e advogados, aquela colaboração dialética sobre a qual já insisti longamente, não basta que diante do juiz estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões de ambas; é necessário, também, que estas duas partes encontrem-se em condições de paridade entre si, não apenas jurídica (que pode significar apenas teórica), mas que entre eles exista uma efetiva paridade *prática*, que significa paridade técnica e também econômica.<sup>333</sup>

Segundo as lições de MARIO VALIANTE, as partes, no processo penal, para assegurar a paridade entre si, devem ter os mesmos direitos e deveres, no sentido de que “suas diversas e contrapostas funções devem ser dialeticamente pares”.<sup>334</sup> Isso significa afirmar que não só devem ser tratadas igualmente como devem ter as mesmas oportunidades de ação: assim, a defesa deve dispor do mesmo tratamento e dos mesmos instrumentos da acusação. Mas há uma ponderação importante: eventual tratamento desigual, para ser legítimo, necessariamente será em favor do cidadão, em prol da liberdade, nunca do Estado, reconhecidamente a parte mais forte (o Ministério Público, além de ser o Estado e contar com toda sua estrutura, goza ainda do papel de ser imparcial, o que lhe permite intervir no processo inclusive com o objetivo de fiscalizar a lei, o que lhe garante, em mais um aspecto, superioridade em relação à defesa), tal como pondera MARIA LÚCIA KARAM<sup>335</sup> (eis, por exemplo, a razão de se aceitar a prova ilícita *pro reo*). Assim também se manifesta MARIO CHIAVARIO, para quem a paridade entre as partes não significa que não possam ter direitos específicos, especialmente daqueles que se encontram na posição de acusados.<sup>336</sup>

Neste passo, a paridade de armas está relacionada com a igualdade substancial, com equivalência, e não necessariamente identidade:

a paridade de armas não significa, assim, necessariamente uma completa identidade das contrapostas posições processuais, mas sim o real equilíbrio entre estas, exigindo, com razoável frequência, intervenções legislativas, sempre em prol do réu, de forma a re-equilibrar a situação das partes do processo.<sup>337</sup>

<sup>333</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 145-146. (tradução livre) (destaque no original)

<sup>334</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 80. (tradução livre)

<sup>335</sup> KARAM, Maria Lucia. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 402.

<sup>336</sup> CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 178.

<sup>337</sup> KARAM, Maria Lucia. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN,

Ao que parece, da forma como hoje se encontram as regras processuais e o entendimento jurisprudencial, há cada vez menos espaço para inexistência de comunicação dos atos (salvo exceções como a necessidade de intimação da defesa da data da audiência a ser realizada por Carta Precatória). Ou melhor, é um problema bem menor que o segundo aspecto do contraditório, a paridade de armas.

Esta decorre, antes de tudo, da consolidação da igualdade das partes. E, em se tratando de processo penal, essa é uma questão deveras complicada, não só da parte da autodefesa como também da defesa técnica. Na atual realidade, a regra é que nenhuma das duas, mesmo unidas, tem condições efetivas de fazer frente ao poder que possui o Ministério Público, de regra o responsável pela acusação.

De fato, como pondera MARIO VALIANTE, não é possível pensar no processo civilizado sem que as partes estejam em posição de efetiva paridade.<sup>338</sup>

No atual estado das coisas, com um processo ainda de feição inquisitória, com todos os embaraços daí decorrentes, há evidente violação do contraditório, pois

no processo civil, todos os argumentos trazidos pela defesa são, de regra, pacientemente considerados pelo juiz; no processo penal, ao contrário, de regra o juiz só leva em conta aquilo que entende relevante dentro de todos os argumentos trazidos pelo defensor, o que faz com que, ao final, decida muito mais por intuição do que mediante uma síntese dialética de todos os argumentos. Há, assim, efetiva lesão ao contraditório, uma vez que é sabido que o juízo não se opera apenas pelo juiz, mas também a partir dos argumentos da acusação e da defesa.<sup>339</sup>

Não só pela estrutura inquisitória, mas também há violação do contraditório porque muitas vezes sequer há a devida contradição dos argumentos da acusação, ante a ausência de defesa efetiva do acusado no processo, seja pela sua em regra condição pessoal de impossibilidade de até mesmo compreender o que se passa, seja pela comum ausência de efetiva defesa técnica. Parece ficar claro, mais uma vez, a importância, no âmbito brasileiro, da estruturação das Defensorias Públicas. Parece ficar claro, mais uma vez, o quanto o sistema penal não é capaz de produzir e reproduzir vida, senão que, de regra, pelo contrário, aniquila o sujeito. Parece

---

Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 402.

<sup>338</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 79.

<sup>339</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 290. (tradução livre)

claro, por fim, que para ser democrático o processo, o Estado deve assegurar meios necessários para a tutela da liberdade dos cidadãos.<sup>340</sup>

De qualquer sorte, a presença do contraditório e, logo, da democracia, satisfaz verdadeira exigência moral do processo, como salienta VALIANTE,

mas acima de tudo o contraditório satisfaz uma exigência moral: aquela de não fazer da parte um simples objeto do processo, um inofensivo e resignado destinatário da decisão; mas ao revés fazê-lo partícipe e protagonista de um acontecimento que tem, de qualquer forma, muita importância para ele, para sua família, e para a sociedade da qual é membro. Um processo sem contraditório, ainda que fosse assegurada a justiça da decisão, seria expressão de escassa civilidade e de reduzida maturidade jurídica, um fato ideológico e culturalmente depreciativo.<sup>341</sup>

No entanto, como bem pondera ARNALDO MIGLINO, para que as instituições da democracia existam, “é necessário que haja uma determinada concepção de vida e uma cultura geral alimentando o respeito pela dignidade humana.”<sup>342</sup> E, complementando, é oportuno lembrar ALBERTO M. BINDER e sua visão da democracia na América Latina: é um projeto a ser desenvolvido levando em conta, necessariamente, a redução das desigualdades sociais e que, portanto, não

---

<sup>340</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 146: “Anche di fronte all’amministrazione della giustizia c’è pericolo che gravi sul povero quella maledizione che pesa su lui, ogni volta che gli ordinamenti democratici si limitano ad assicurargli, a lui come a tutti gli altri cittadini, le libertà politiche e civili: le quali troppe volte, quando gli mancano i mezzi economici indispensabili per valersi praticamente di quelle libertà, si risolvono per il povero in una irrisione. ‘La legge è uguale per tutti’ è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l’aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria: come se leggesse scritto su un muro che, in grazia della libertà di stampa (art. 21 Cost.) tutti i cittadini sono ugualmente liberi di pubblicare un grande quotidiano di informazioni, o, in grazia della libertà della istruzione (art. 34 Cost.) tutti i cittadini sono ugualmente liberi di mandare i propri figli agli studi universitari.” “Também em face da administração da justiça há perigo que grava sobre o pobre aquela maldição que pesa sobre ele, cada vez que os ordenamentos democráticos se limitam a assegurar-lhe, a ele como a todos os demais cidadãos, as liberdades políticas e civis: as quais muitas vezes, quando faltam os meios econômicos indispensáveis para se fazer valer aquela liberdade, resolvem-se para o pobre em um escárnio. ‘A lei é igual para todos’ é uma bela frase que conforta o pobre, quando a vê escrita sobre as cabeças dos juizes, sobre as paredes de fundo das salas judiciárias; mas quando se dá conta que para invocar a igualdade da lei em sua defesa, é indispensável a ajuda daquela riqueza que ele não tem, então aquela frase lhe parece um insulto à sua miséria: é como se lesse escrito em um muro que, devido à liberdade de imprensa (art. 21 da Constituição), todos os cidadãos são igualmente livres para publicar um grande periódico informativo, ou, graças à liberdade de instrução (art. 34 da Constituição), todos os cidadãos são igualmente livres para mandar seus filhos à universidade.” (tradução livre)

<sup>341</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 271. (tradução livre)

<sup>342</sup> MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 136.

só diz com a estabilidade ou eficácia da gestão estatal, mas também com a capacidade de se colocar à disposição de todos os setores sociais os instrumentos necessários para a preservação da dignidade humana.<sup>343</sup> São essas idéias que devem permear o estudo do contraditório no processo penal brasileiro.

---

<sup>343</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 306-309.



## **CAPÍTULO III – A AMPLA DEFESA**

### **3.1. A origem contratual do direito de defesa: Hobbes, Locke e Rousseau**

#### **3.1.1. O contrato social: Hobbes, Locke e Rousseau**

Ainda que a tese contratualista seja bastante criticada, ela pode justificar o Estado como uma criação do homem e para o homem, bem como justificar a necessidade de que os homens, para viver em comunidade, devem renunciar a determinados “direitos” em prol da preservação da vida. Se o homem é bom ou mal por natureza, isso não importa, por ora. Viver em sociedade é sim um pacto, ainda que para muitos ilegítimo. Mas a análise que interessa especificamente a presente investigação diz justamente com os limites das renúncias que são impostas aos homens para que vivam juntamente com outros homens.<sup>344</sup>

Para ser coerente com a crença de que o Estado ainda deve ser o detentor do monopólio da violência, representado, na esfera criminal, pela indefectibilidade da jurisdição, ou melhor, pela fisiologia do processo penal – e isso, ressalte-se, tido como pressuposto de uma sociedade democrática – imperiosa se faz a retomada, em certa medida, das noções sobre o contrato social. Isso não significa negar em absoluto a filosofia clássica nem mesmo as propostas mais contemporâneas. Pelo contrário, o que se busca lá nos contratualistas são os pilares de um processo penal democrático, que pode, sem sombra de dúvidas, receber contribuições de outros momentos filosóficos. A opção, como se viu acima, é pelo Estado como centralizador das forças punitivas, ainda que de forma mínima (o Direito Penal e Processual Penal democrático). Isso porque, nos dias atuais, imaginar a preservação do homem em face do Estado (Jurisdição, Ministério Público ou Polícia) parece ser mais “fácil” do que ter que se pensar em mecanismos de preservação do homem em face de todos

---

<sup>344</sup> O objetivo deste momento da pesquisa não é, certamente, dissertar sobre os contratualistas e seus críticos. Tem-se consciência dos senãos que permeiam a noção de contrato social. No entanto, o que se pretende aqui é resgatar um ponto específico das teses contratualistas, que é capaz de fundamentar, para o processo penal, a garantia da ampla defesa do acusado.

os homens (se privatizados novamente os conflitos penais). Parece (a princípio) ser mais fácil resistir a um do que a todos.

O homem não se anula ao transferir seus direitos ao Estado. Ele transfere parte de seus direitos, certamente uma menor parte de seus direitos, especialmente aqueles relativos à sua segurança e de vingança privada. Certamente, se o homem construiu o Estado para preservação de sua vida, não há que silenciar no processo que pode levar à negação dessa mesma vida, já que ir para a prisão é, em última análise, negar a vida (inclusive no sentido dusseliano). Aliás, o próprio Estado, guardião das vidas, deve se cercar de todos os instrumentos capazes de auxiliá-lo nessa tarefa, por exemplo, garantindo (quicá exigindo) a participação do maior interessado, isto é, do acusado. Eis o fundamento do direito de defesa. Para melhor compreensão do que ora se afirma, analisa-se, em seguida, três dos maiores contratualistas, para após se retomar a discussão sobre o direito de defesa.

### **3.1.1.1. O contrato social de Thomas Hobbes**

Filósofo do século XVI-XVII (1588-1679), THOMAS HOBBS foi um produto de seu tempo, influenciado decisivamente pelo contexto social, econômico e político de sua época, especialmente de sua terra, a Inglaterra. Nasceu já no final do século XVI, pouco tempo antes de Filipe II, da Espanha, ter atacado a Inglaterra em razão de sua guerra com a Holanda. Durante sua infância, vivenciou a guerra civil entre Huguenotes e Católicos e, durante sua juventude, a Guerra dos Trinta Anos. A própria Inglaterra, segundo JEAN HAMPTON, de 1642 a 1649 viveu uma intensa guerra civil, seguida, nos próximos anos de embates com a Irlanda, Escócia e Holanda.<sup>345</sup>

Era de se esperar, então, que seus escritos fossem marcados por esse ambiente bélico vivido por HOBBS durante toda sua vida. Daí surgem os fundamentos das categorias fundamentais desse filósofo contratualista inglês, que se preocupou, precipuamente, com formas de se buscar a paz entre os homens.

A obra de HOBBS é densa e complexa, e tem permitido, ao longo do tempo, uma série de interpretações distintas, o que demonstra, afinal, a complexidade de seus escritos. De tudo, para efeitos deste trabalho, apenas

---

<sup>345</sup> HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition**. New York: Cambridge University Press, 1995, p. 05.

algumas categorias serão abordadas, e mesmo assim com alguns recortes, sem exaustão, para fins de se investigar melhor a formação da sociedade civil, especialmente no que tange à cessão de direitos à criação humana chamado Estado.

Segundo NORBERTO BOBBIO<sup>346</sup>, para a compreensão mínima do pensamento político de HOBBS, três são as obras essenciais: *Elements of law natural and politic* (1640), *De cive* (1647 – 2ª edição) e *Leviathan* (1651).

Todo o contexto vivido por HOBBS é por ele traduzido na idéia de que a filosofia deveria esclarecer aos homens sobre a necessidade de se ter o Estado como meio de evitar a guerra. Sua filosofia prática, ao contrário das utópicas, deveria servir de base aos homens para viverem melhor.<sup>347</sup>

Em *Elements of law*, explica YVES CHARLES ZARKA<sup>348</sup>, HOBBS trabalha a constituição do indivíduo e suas relações interpessoais, num primeiro momento, e o surgimento do corpo político, o Estado, como resultado da vontade humana, num momento posterior. Quanto à constituição dos indivíduos, HOBBS entende ser o homem um ser composto pelo desejo e pela palavra. Enquanto ser desejante, o homem procura tudo aquilo que é necessário para sua própria preservação e, em última análise, “tudo o que desejamos mais do que qualquer coisa, ou ainda aquilo que funda o desejo por coisas exteriores, é o desejo de continuar sendo. O desejo é, então, antes de tudo, um desejo de si.”<sup>349</sup> Mas, além disso, é também o homem um ser de palavra, o que o distingue dos demais animais. O homem é capaz de “traduzir” suas sensações em linguagem e, assim, interrelacionar-se com outros homens. Tal concepção do homem, logo, prescinde do contexto histórico. Como esclarece RENATO JANINE RIBEIRO<sup>350</sup>, para HOBBS, a natureza do homem não muda conforme o tempo, ou seja, a história não transforma o homem.

No *De cive*, já na primeira edição (1642), HOBBS deixa clara uma

<sup>346</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 24.

<sup>347</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 45-48.

<sup>348</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 48-55.

<sup>349</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 50: “Ce que nous désirons avant toute autre chose, ou encore ce qui fonde le désir des choses extérieures, c’est le désir de continuer à être. Le désir est donc d’abord un désir de soi.” (tradução livre)

<sup>350</sup> RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 54.

afirmação que a muitos incomodou, qual seja, a de que o homem, ao contrário do que afirmara ARISTÓTELES, não tem uma tendência natural a viver em sociedade. Após muitas críticas, já na segunda edição do livro (1647), HOBBS procurou explicar seu argumento diferenciando o “desejo de sociedade”, ou seja, de viver em companhia de outros, da “capacidade de viver em sociedade”, agora sim em termos políticos. Aduz que a necessidade de viver com outras pessoas não significa, necessariamente, a propensão à organização política de uma sociedade. Na verdade, não é a natureza do homem, mas sua educação, que o torna propenso a viver em sociedade, no sentido político. Assim, “tal distinção permite a Hobbes estabelecer a existência de uma disposição natural dos homens a se encontrar, ao mesmo tempo que nega uma disposição natural à sociedade política, a qual é fundada voluntariamente pelo pacto social.”<sup>351</sup>

A partir disso, é possível compreender o que seria, então, o estado de natureza:

[...]o que define as relações entre os homens no estado de natureza é uma dupla inquietação. Em primeiro lugar, cada homem é inquieto por ter que constantemente encontrar novos objetos que o permitam continuar sendo homem. Em segundo lugar, cada homem é inquieto acerca das intenções dos demais. Dito de outro modo, a presença do outro introduz um elemento de incerteza que redobra a inquietude do indivíduo solitário. Ou melhor, tal incerteza transforma a inquietude em temor. As relações interhumanas são minadas desde o interior pela desconfiança, pela rivalidade e pela procura mútua de superioridade. Aquilo que Hobbes chama de estado de guerra é justamente esta condição em que os homens, divididos entre o temor da morte e a busca pela glória, afundam inevitavelmente em relações de inimizade. É, porém, igualmente, o estado onde desponta em cada um a consciência da necessidade de instituir um poder político que, considerando todos, poderia estabelecer os princípios de paz e de concordância civil.<sup>352</sup>

Ademais, em vivendo no estado de natureza, o homem não comete injustiça, pois tudo o que faz é para sua própria preservação. Mas isso não significa que seja o homem mal por natureza. É que o contexto em que vive o faz desconhecer a intenção dos outros, e, por isso, temê-los.<sup>353</sup>

E a noção de estado de natureza é o fundamento mesmo da teoria política

<sup>351</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 56. (tradução livre)

<sup>352</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 52-53. (tradução livre)

<sup>353</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 57.

hobbesiana. Como bem ressalta NORBERTO BOBBIO<sup>354</sup>, das três obras acima mencionadas, é possível perceber uma noção de estado de natureza e da necessidade da criação do Estado a partir da análise de condições ditas objetivas em que os homens se encontram, isto é, que independem de sua vontade, bem assim das paixões humanas. Seriam três as condições objetivas, quais sejam: a igualdade entre os homens, a escassez dos bens e o direito sobre todas as coisas. A igualdade entre os homens faz com que todos tenham condição de aniquilar os demais. A escassez dos bens pode levar à situação de que mais de um homem deseje um mesmo bem e, por fim, o direito sobre as coisas dá ao homem a expectativa de se apropriar de tudo o que considera útil à sua conservação. Assim, “as condições objetivas bastariam por si só para explicar a infelicidade do estado de natureza: a igualdade de fato, unida à escassez dos recursos e ao direito sobre tudo, destina-se por si só a gerar um estado de impiedosa concorrência, que ameaça converter-se continuamente em luta violenta.”<sup>355</sup>

Ademais, importância fundamental assume nesse contexto as paixões humanas, as quais também tendem levar o homem a não ser sociável, como, por exemplo, a sede de glória. Nas palavras de NORBERTO BOBBIO, “na realidade, o que impulsiona o homem contra o homem é o desejo inesgotável de poder”<sup>356</sup>. De fato, em *Leviatã*, HOBBS explora mais a questão do poder e o destaca como uma fonte inesgotável de discórdia, pois “o desejo de poder numa situação na qual todos são iguais na capacidade de se prejudicarem, na qual os bens são insuficientes para satisfazer as necessidades de cada um e onde um tem o direito natural a tudo, é um estado permanente de guerra”<sup>357</sup>.

De qualquer sorte, ressalte-se que tal estado potencial de luta é racional. Segundo RENATO JANINE RIBEIRO, no estado de natureza, tal como descrito acima, nada mais razoável do que se esperar o ataque do outro, razão pela qual também se ataca ou se prepara uma defesa: “é preciso enfatizar esse ponto, para ninguém pensar que o 'homem lobo do homem', em guerra contra todos, é um

---

<sup>354</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 33-34.

<sup>355</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 34.

<sup>356</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 35.

<sup>357</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 35.

anormal; suas ações e cálculos são os únicos racionais, no estado de natureza”<sup>358</sup>.

Nas palavras do próprio HOBBS:

de modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigida a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome. Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. Portanto a noção de tempo deve ser levada em conta quanto à natureza da guerra, do mesmo modo que quanto à natureza do clima. Porque tal como a natureza do mau tempo não consiste em dois ou três chuviscos, mas numa tendência para chover que dura vários dias seguidos, assim também a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário. Todo o tempo restante é de paz.<sup>359</sup>

É preciso esclarecer, no entanto, tal como faz NORBERTO BOBBIO<sup>360</sup>, que a expressão “guerra de todos contra todos” é hiperbólica e deve justamente ser compreendida não só como um estado de guerra permanente, mas também naqueles de calmaria precária, como, aliás, deixa claro HOBBS no excerto acima. Ademais, ainda na esteira das explicações de NORBERTO BOBBIO<sup>361</sup>, existiriam três situações possíveis de verificação do estado de natureza: uma *pré-estatal*, caracterizada pelas sociedades primitivas, ainda não organizadas em sociedades civis; uma *antiestatal*, caracterizada pela dissolução de um Estado já existente, em virtude de guerra civil, dando origem à anarquia; e uma *interestatal*, caracterizada na sociedade internacional, diante da inexistência de um poder comum regulamentador das relações entre os Estados. HOBBS, segundo consta, trabalha precipuamente com as duas últimas, já que não acreditou, jamais, segundo NORBERTO BOBBIO, num estado de natureza universal.

<sup>358</sup> RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 55.

<sup>359</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108-109.

<sup>360</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 36-38.

<sup>361</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 36.

A saída para a humanidade, na proposta de HOBBS, é a criação do Estado. E a criação desse Estado se dá nos termos de *lex naturalis* (leis naturais)<sup>362</sup>, por meio de regras sugeridas pela chamada *reta razão*, ou seja, regras de prudência que indicam como o homem deve agir não só para conhecer as coisas, mas também para atingir os fins pretendidos. As primeiras três leis, de várias outras enumeradas por HOBBS, são as fundamentais:

1ª. “Todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga, pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”<sup>363</sup>.

2ª. “Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz, e para a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”<sup>364</sup>.

3ª. “Que os homens cumpram os pactos que celebrarem”<sup>365</sup>.

No entanto, a saída do estado de natureza pressupõe um pacto entre os homens no sentido de observância dessas leis de natureza por parte de todos e de cada um. Em outras palavras, não há sentido no compromisso se apenas poucos cumprirem o acordado. De fato, como reconhece o próprio HOBBS, essas leis obrigam muito mais internamente do que externamente, ou seja, o compromisso, embora firmado com os demais, é, em última análise, consigo mesmo<sup>366</sup>.

<sup>362</sup> Não se pode confundir segundo HOBBS, *direito de natureza* com *leis de natureza*: “O direito de natureza, a que os autores geralmente chama *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. (...) Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado desta assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma questão.” **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112.

<sup>363</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113.

<sup>364</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113.

<sup>365</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

<sup>366</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.136 e BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª

## Eis as claras palavras de HOBBS:

a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: ***Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.*** Feito isto, à multidão unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: *Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*<sup>367</sup>

A grande questão que se põe é: o que está compreendido no direito de se governar a si mesmo? Que direitos afinal são transferidos ao Estado pelos súditos? Segundo YVES CHARLES ZARKA<sup>368</sup>, a relação que se estabelece entre os sujeitos e o soberano é de autorização e isto implica dizer que o soberano age em nome dos sujeitos e os sujeitos agem em nome do soberano.

Os sujeitos não podem mais ser considerados submissos à uma obediência simplesmente passiva, nem como desprovidos de todo direito. Em seguida, considerando a vontade soberana, a convenção de autorização permite considerá-la não como alheia às vontades dos sujeitos mas ao contrário como sua expressão.<sup>369</sup>

Em suma, a vontade do Estado é a vontade dos súditos.

---

tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 38-40.

<sup>367</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147. (destaques não constam no original)

<sup>368</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 60-61.

<sup>369</sup> ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p.61.



De qualquer sorte, das três obras (*Elements*, *De cive*, *Leviatã*) é possível concluir que nem todos os direitos são transferidos ao Estado. Há um núcleo mínimo mantido pelo súdito. HOBBS afirma, em primeiro lugar, que só se pode convencionar sobre coisas das quais se pode dispor<sup>370</sup> e, na sequência, reconhece que há direitos inalienáveis, como aquele de se resistir a quem quer tirar-lhe a vida ou de qualquer modo ferir seu corpo, ou ainda de que ninguém é obrigado a acusar a si mesmo ou a outro, cuja condenação torne sua vida amarga.<sup>371</sup>

Isso fica bem claro da seguinte passagem do *Leviatã*, que confirma o que já era dito nas duas obras precedentes:

portanto há alguns direitos que é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandonar ou transferir. Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para tirar-lhe a vida, dado que é impossível admitir que através disso vise a admitir algum benefício próprio. **O mesmo pode dizer-se dos ferimentos, da cadeia e do cárcere**, tanto porque desta aceitação não pode resultar benefício, ao contrário da aceitação de que outro seja ferido ou encarcerado, quanto porque é impossível saber, quando alguém lança mão da violência, se com ela pretende ou não provocar a morte. Por último, o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto a sua vida e quanto aos meios de preservá-la de maneira tal que não acabe por dela se cansar.<sup>372</sup>

Vê-se, assim, que aqui se encontra o fundamento do direito de defesa. Ela faz parte desse direito de resistência o qual já admitia HOBBS. É inalienável e, na medida em que é a vontade dos súditos, deve também ser a do Estado, ou seja, este deve garanti-la, sempre.

HOBBS ressalta ainda a importância do cumprimento do pacto firmado, afirmando que não basta o estabelecimento do acordo, é necessário que haja “um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor o seu cumprimento”<sup>373</sup>. Pois, sem ele, não há como garantir a segurança do cumprimento do acordo: “os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém”<sup>374</sup>. E, para cumprir sua função de

<sup>370</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 45.

<sup>371</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48-50.

<sup>372</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.115. (destaques não constam no original)

<sup>373</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.118.

<sup>374</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo:

passagem do estado de guerra para o estado de paz, esse Estado deve ser soberano e seu poder irrevogável (o contrato é firmado entre cada um – considerados *uti singuli* e não como povo – em favor de um terceiro, beneficiário do pacto que exigiria, para resolução, o acordo unânime de todas as pessoas e ainda a concordância do soberano; mas o rompimento não poderia se dar já que o contrato é entre os súditos e não entre súditos e soberano)<sup>375</sup>, absoluto (ilimitado, sob pena de não ser soberano<sup>376</sup>) e indivisível (deve ser atribuída a uma única pessoa, seja um único homem, seja uma assembleia)<sup>377</sup>.

### 3.1.1.2. O contrato social de John Locke

JOHN LOCKE, nascido em 1632, na Inglaterra, também contribuiu sobremaneira para a teoria política moderna. Em que pese seus escritos eminentemente filosóficos – e não de menor importância, como o *Ensaio sobre o entendimento humano* –, o presente estudo se concentra nos textos de filosofia política do autor, tendo em vista o objetivo último de análise da teoria contratualista do Estado. O exame se concentra, desse modo, nos *Dois tratados sobre o governo civil*, de 1689-1690, especialmente no Segundo Tratado.

Analizando o homem e sua organização, LOCKE também defende a existência de um estado de natureza que se contrapõe a um estado civil, organizado politicamente, embora em muitos pontos diferentemente daquele defendido por HOBBS. Começa explicando que todos os homens, por natureza, são livres desde o seu nascimento. Liberdade, em LOCKE, segundo PAULO CLINGER DE SOUZA, é aquele atributo do qual gozam os homens como um poder de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, de acordo com suas idéias e suas vontades<sup>378</sup>. Mas essa liberdade, no entanto, não quer significar licença para todas as coisas. Pelo contrário, sendo todos os homens obra de um mesmo criador, ainda que livres, são limitados pela lei da natureza de não prejudicar seus iguais quanto às suas vidas,

---

Martins Fontes, 2003, p. 143.

<sup>375</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 43-45.

<sup>376</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 45-51.

<sup>377</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 51-53.

<sup>378</sup> SOUZA, Paulo Clinger de. **A dialética da liberdade em Locke**. Londrina: Eduel, 2003, p. 82.

saúde, liberdades ou posses.<sup>379</sup> Todos são obrigados a preservarem a si mesmos e, na medida do possível, isto é, quando não estiver em jogo a sua própria preservação, os demais. A finalidade dos homens, mesmo no estado de natureza, deve ser a preservação da humanidade e a manutenção da paz.<sup>380</sup> De se ressaltar, como quer ALEXIS TADIÉ, que a lei natural está intrinsecamente ligada à razão que, por sua vez, como acredita LOCKE, é fundada na experiência. Dessa forma, o conhecimento da lei não é inato, precisa ser adquirido pela experiência.<sup>381</sup>

Assim, diferentemente de HOBBS, LOCKE não enxerga o caos do estado de natureza, para o qual o Estado seria a salvação. Por outro viés, compreende o estado de natureza como uma condição natural do homem, já racional e moral, desejada por Deus.<sup>382</sup> Por isso, afirma BOBBIO<sup>383</sup> que enquanto a noção de estado de natureza é pessimista para HOBBS, para LOCKE ela é ao mesmo tempo pessimista e otimista: não pode ser totalmente otimista sob pena de não se conseguir justificar a necessidade do Estado, do que se falará logo adiante.

Dessa condição de igualdade e liberdade, decorre que cada um tem poder de ação e abstenção independente dos demais (claro, limitado pela referida lei da natureza) em suas próprias mãos, vale dizer, a execução da lei da natureza, em última análise, cabe a cada um dos homens, indistintamente, de modo que cada um pode punir aquele que ofende a lei e agride o outro:

e se qualquer um no estado de natureza pode punir a outrem, por qualquer mal que tenha cometido, todos o podem fazer, pois, nesse *estado de perfeita igualdade*, no qual naturalmente não existe superioridade ou jurisdição de um sobre outro, aquilo que qualquer um pode fazer em prossecução dessa lei todos devem necessariamente ter o direito de fazer.<sup>384</sup>

Esse poder de todos, explica LOCKE, não é absoluto nem arbitrário. Deve ser utilizado

<sup>379</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 384.

<sup>380</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 385.

<sup>381</sup> TADIÉ, Alexis. **Locke**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p. 49-50.

<sup>382</sup> TADIÉ, Alexis. **Locke**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p. 53.

<sup>383</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 170-171.

<sup>384</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386. (destaques no original)

apenas para retribuir, conforme dita a razão calma e a consciência, de modo proporcional à transgressão, ou seja, tanto quanto possa servir para a reparação e a restrição; pois estes são os únicos motivos pelos quais um homem pode legalmente fazer mal a outro, que é o que chamamos de castigo.<sup>385</sup>

E é justamente desse poder de todos de executar a lei da natureza que surge a necessidade do Estado, na medida em que, se cada um é ao mesmo tempo juiz da aplicação da lei e parte interessada, pode surgir a desordem. Dito de outro modo, não há imparcialidade nos julgamentos nem mesmo poder efetivo de execução da lei.<sup>386</sup>

Ressalte-se, então, que a passagem para a sociedade civil não significa a eliminação do estado de natureza, como em HOBBS, mas sim um melhoramento, uma recuperação dele.<sup>387</sup>

Neste passo, em sendo o homem livre e independente, tal condição só pode ser dele privada com seu consentimento. A vinculação do homem aos elos da sociedade civil só se dá com sua concordância em viver em comunidade com os outros, com o fim de viver mais seguro e protegido daqueles que eventualmente dela não façam parte.<sup>388</sup> O consentimento pode ser expresso ou tácito, assevera LOCKE, mas há de existir.<sup>389</sup> Mas por que haveria de abdicar daquele estado natural de liberdade? LOCKE responde a tal indagação afirmando que tal união se justifica pelo fato de que tal liberdade, no estado de natureza, é submetida constantemente à incerteza (é incerto o seu exercício) e constantemente também está exposta à violação pelos outros. E arremata:

tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e de perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*.<sup>390</sup>

Para ele, então, o objetivo último da reunião dos homens em sociedade é a

<sup>385</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

<sup>386</sup> TADIÉ, Alexis. **Locke**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p. 53.

<sup>387</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 171-172.

<sup>388</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 468.

<sup>389</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 491-494.

<sup>390</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 495. (destaques no original)

conservação de sua propriedade.

Para que seja possível, então, essa evolução do estado de natureza, LOCKE enumera a necessidade da ocorrência de alguns fatores: 1º uma lei estabelecida, reconhecida e aceita como padrão de probidade e improbidade, a ser utilizada na solução dos conflitos; 2º um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar os conflitos; 3º um poder que tenha força para apoiar e executar as decisões justas. Neste momento, então, o homem abdica dos poderes que tem no estado de natureza, quais sejam, o poder de fazer tudo o que entende necessário para sua conservação e para a conservação dos demais e o poder de castigar aquele que viola a lei da natureza. Abdica do primeiro para que leis elaboradas pela sociedade regulamentem a preservação de todos; abdica do segundo entregando ao poder executivo tal função, nos termos também da lei elaborada pela sociedade.<sup>391</sup>

Contudo, embora quando entrem em sociedade os homens entreguem a igualdade, a liberdade e o poder executivo que possuíam no estado de natureza nas mãos da sociedade, para que deles disponha o legislativo segundo o exija o bem da sociedade, contudo, cada qual o faz apenas com a intenção de melhor conservar a si mesmo, a sua liberdade e propriedade – pois não se pode supor que uma criatura racional mude propositadamente a sua condição para pior –, o poder da sociedade ou o *legislativo* por esta constituído *jamaís pode supor-se entenda-se para além do bem comum*. Ao contrário, ele é obrigado a assegurar a propriedade de cada um, através de medidas contra os três inconvenientes, acima mencionados, que tornam o estado de natureza tão inseguro e incômodo. Assim, todo aquele que detenha o poder legislativo, ou supremo, de qualquer sociedade política está obrigado a governá-la segundo as *leis vigentes* promulgadas pelo povo, e de conhecimento deste, e não por meio de decretos extemporâneos; por *juízes* imparciais e probos, a quem cabe solucionar as controvérsias segundo tais leis; e a empregar a força da comunidade, no solo pátrio, *apenas na execução de tais leis*, e externamente, para evitar ou reprimir injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso não deve estar dirigido a outro fim a não ser a *paz, a segurança e o bem público* do povo.<sup>392</sup>

Vê-se, assim, que também para LOCKE existe um limite na concessão de poderes ao Estado, já que, se a união implicar algo menos benéfico ao indivíduo, deixa de ter sentido a sociedade civil, ao menos para ele. É possível, então, compreender porque LOCKE permite o direito de resistência nos casos em que o próprio Estado é o violador da propriedade.

Assim, o direito de resistência na sociedade civil está de acordo em todos os

<sup>391</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 498-499.

<sup>392</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 499-500. (destaques no original)

pontos com a lei natural, pois a preservação do indivíduo, de sua liberdade, de sua propriedade é a garantia contra todos os atentados dos quais um poder arbitrário ou absoluto poderia se tornar culpado. Esse poder absoluto, ao infringir as leis, vai contra o bem comum, perde sua legitimidade, e o poder retorna então à comunidade, seu ponto de origem.<sup>393</sup>

Logo, nem o estado de natureza, nem o estado civil são definitivos. A todo tempo se pode retornar a um ou a outro.<sup>394</sup>

Diante de tais afirmações, BOBBIO destaca que para LOCKE a renúncia aos direitos naturais exigida é bem mais tênue do que aquela defendida por HOBBS. Para este, a renúncia é quase total, excetuando-se, basicamente, apenas o direito à vida. Para LOCKE, todavia, a renúncia é parcial, compreendendo somente o direito de fazer justiça por si mesmo, ou seja, todos os direitos são conservados, exceto o da vingança privada. Cabe ao Estado, em síntese, na visão de LOCKE, apenas a função de solucionar conflitos e fiscalizar os súditos; o mais é da responsabilidade das leis naturais.<sup>395</sup> Eis a gênese do Estado liberal.

LOCKE, afinal, esforçou-se para conciliar governo e liberdade, defendendo ser a ordem a garantia da liberdade. E esta, a liberdade, precede a ordem, por isso, sempre deve prevalecer ao ser ameaçada por ela, a ordem.<sup>396</sup>

No entanto, é possível defender, como sugere o próprio texto do Segundo Tratado, que se a finalidade do Estado é preservar a propriedade em sentido amplo, ou seja, a vida, a liberdade e a propriedade em sentido estrito, assim como é o interesse dos homens, significa dizer que a titularidade desses direitos continua a ser dos homens, cabendo ao Estado apenas traçar mecanismos que garantam seu exercício. Dessa forma, pensando-se, por exemplo, em termos de direito de defesa, os indivíduos continuam a ser dela titulares e, portanto, continuam com o direito de exercê-la, e ao Estado cabe o papel de garantir tal exercício. Dito de outro modo, o homem não abriu mão de sua defesa nem em nome dos outros homens, nem em nome do Estado.

### 3.1.1.3. O contrato social de Jean-Jacques Rousseau

<sup>393</sup> TADIÉ, Alexis. **Locke**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p. 73.

<sup>394</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 239.

<sup>395</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 223.

<sup>396</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 246.

ROUSSEAU nasceu em 1712, em Genebra, e faleceu em 1778, na França. De suas obras de cunho eminentemente filosófico-político, duas são de grande importância para os objetivos do presente trabalho: *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1753) e *O contrato social* (1762). Na primeira, como explica MILTON MEIRA DO NASCIMENTO, ROUSSEAU se dedica à construção de uma história hipotética da humanidade, imaginando (pois deixa claro que não se atém aos fatos, mas apenas a raciocínios hipotéticos e condicionais<sup>397</sup>) a trajetória seguida pelo homem desde seu estado de liberdade natural até o surgimento da propriedade e todos os problemas advindos daí. Com base nesse estudo, escreve, então, sobre o contrato social, quando se dedica a investigar sobre as possibilidades de estabelecimento de um pacto social legítimo, respeitador dos direitos naturais do homem.<sup>398</sup>

Quanto ao primeiro texto, ROUSSEAU mesmo esclarece do que se trata:

de que se trata, então, precisamente neste Discurso? De apontar, no progresso das coisas, o momento em que, sucedendo o direito à violência, a natureza foi submetida à lei; de explicar por qual encadeamento de prodígios o forte pôde resolver-se a servir o fraco, e o povo a comprar uma tranquilidade imaginária pelo preço de uma felicidade real.<sup>399</sup>

Desse modo, inicia sua análise esclarecendo que não vai se deter à anatomia do homem e tampouco sobre sua evolução no tempo quanto aos dons e habilidades adquiridos. No entanto, explica que vê o homem, em seu estado natural, como um animal menos forte e hábil do que outros, mas que se organiza de maneira mais vantajosa e mais capaz de satisfazer algumas de suas necessidades, especialmente porque, diferentemente dos outros animais, não tem um instinto particular, mas é capaz de se apropriar de todos os instintos. Já nesse momento, apresenta uma crítica a HOBBS, pois entende não ser o homem mal por natureza; vê o homem como um ser tímido, sempre trêmulo e pronto para fugir daquilo que não conhece. Por outro lado, pelas suas condições de vida, é forte, ágil, possui tudo

<sup>397</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 145.

<sup>398</sup> NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 194-196.

<sup>399</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 144.

aquilo de que necessita para sobreviver. Tem, por certo, inimigos e alguns contra os quais é difícil de se defender, como as enfermidades, a infância e a velhice<sup>400</sup>. Estes são os motivos da desigualdade que ROUSSEAU chama de natural ou física<sup>401</sup>.

Analisando o homem desde a metafísica e a moral, ROUSSEAU reconhece que, de início, o primeiro estado do homem é comum a todos os demais animais, qual seja, o de perceber e sentir. Todavia, na seqüência, aparecem as paixões, que influenciam o entendimento humano, na medida em que permitem o aperfeiçoamento da razão. Elas surgem das necessidades e proporcionam progresso no conhecimento humano. Outro elemento fundamental é a linguagem. É através de seu desenvolvimento que o homem passa a ser capaz de pensar e transmitir pensamentos, aprimorando suas habilidades.<sup>402</sup>

De qualquer sorte, entende que a natureza não se esmerou em preparar os homens para viver em sociedade. Aproximou-os em virtude das necessidades mútuas e facilitou o desenvolvimento da comunicação entre eles, mas não os fez sociáveis. Ademais, não vê nesse estado de natureza a miséria do homem. Pelo contrário, entende que os homens viviam livres, com o coração em paz e o corpo com saúde e não reclamavam de sua condição. Por isso, indaga quem é que vive efetivamente nesse estado miserável, já que aqueles que vivem em sociedade lamentam-se continuamente da vida de que usufruem.<sup>403</sup>

Nesse estado natural de vida, não há como dizer, como fez HOBBS, que o homem, por não conhecer o bom e a virtude, era necessariamente mau e vicioso. É, por certo, no mínimo piedoso.<sup>404</sup> Além disso,

com paixões tão pouco ativas e um freio tão salutar, os homens, antes selvagens do que maus e mais preocupados em proteger-se do mal que podiam receber do que tentados a fazê-lo a outrem, não estavam sujeitos a rixas muito perigosas;

<sup>400</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 147-153.

<sup>401</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 143.

<sup>402</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 155-167.

<sup>403</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 167.

<sup>404</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 169-170.



como não tinham entre si nenhum tipo de relações e não conheciam, conseqüentemente, nem a vaidade, nem a consideração, nem a estima, nem o desprezo; como não tinham a menor noção do teu e do meu, nem nenhuma verdadeira idéia da justiça e olhavam as violências que podiam sofrer como um mal fácil de reparar, e não como uma injúria que se deve punir, e nem sequer pensavam em vingança a não ser maquinalmente e no momento, do mesmo modo que o cão morde a pedra que lhe atiram – suas disputas raramente teriam conseqüências sangrentas, se não tivessem motivo mais palpável do que o alimento.<sup>405</sup>

Na sequência, diante de tal quadro, não vê ROUSSEAU no estado de natureza a relação de submissão entre os homens. Destaca que tal condição só pode se verificar quando houver relação entre eles de dependência mútua, o que não existe na natureza. E os acasos que levaram ao aperfeiçoamento da razão humana, acabaram, na verdade, por tornar o homem mau ao torná-lo sociável, deteriorando a espécie.<sup>406</sup>

Passando a segunda parte do Discurso, ROUSSEAU categoricamente aponta quem foi o verdadeiro fundador da sociedade civil: foi aquele que primeiro disse '*Isso é meu*' e encontrou diante de si pessoas simples o suficiente para nele acreditar.<sup>407</sup> Eis a propriedade, então, como o fundamento da passagem do estado de natureza ao estado civil.

No início, o homem possuía apenas seu instinto de conservação e convivia bem com aquilo que satisfazia suas necessidades. Com o tempo, dificuldades foram surgindo (novos obstáculos da natureza, o aumento da população, dentre outras) e, de conseqüência, surgiram também nova forma de percepção do mundo e novas necessidades, como a de se organizar para suprir suas exigências, ainda que de forma passageira. E essa noção de que a satisfação de suas necessidades eram mais certas quando em grupo foi, para ROUSSEAU, a primeira fonte dos males do homem, pois passaram a se acostumar com tais comodidades. Isso levou os homens a se aproximarem, em grupos pequenos no início, que depois se expandiram a ponto de existir um padrão de vida, com costumes uniformes. Os

---

<sup>405</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 173.

<sup>406</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 1178-179.

<sup>407</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

homens passaram a se apreciar mutuamente.<sup>408</sup>

À medida que as idéias e os sentimentos se sucedem, que o espírito e o coração se exercitam, o gênero humano continua a domesticar-se, as ligações se estendem e os laços se apertam. Acostumam-se a reunir-se defronte das cabanas ou à volta de uma grande árvore; o canto e a dança, verdadeiros filhos do amor e do lazer, tornaram-se a diversão, ou melhor, a ocupação dos homens e das mulheres ociosos e agrupados. Cada qual começou a olhar os outros e a querer ser olhado por sua vez, e a estima pública teve um preço. Aquele que cantava ou dançava melhor; o mais belo, o mais forte, o mais hábil ou o mais eloquente passou a ser o mais considerado, e foi esse o primeiro passo para a desigualdade e para o vício ao mesmo tempo; dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo. Do outro a vergonha e o desejo; e a fermentação causada por esses novos germes produziu por fim compostos funestos à felicidade e à inocência.<sup>409</sup>

Nesse estágio das coisas, surgem os primeiros deveres de civilidade e, como consequência, a possibilidade de ofensas a tais deveres. E, como cada um punia o desprezo que havia sofrido proporcionalmente à importância que atribuía a si mesmo, as vinganças se tornaram cruéis e terríveis. Por essas razões, defende ROUSSEAU que o estado de natureza é o mais arredio às lutas, às revoluções, pois tais sentimentos não existiam no homem em sua vida natural.<sup>410</sup>

Enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a costurar suas roupas de peles com espinhos de plantas ou espinhas de peixes, a enfeitar-se com penas e conchas, a pintar o corpo com diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar seus arcos e flechas, a talhar com pedras cortantes algumas canoas de pescadores ou alguns instrumentos grosseiros de música, em suma, enquanto se aplicaram apenas a obras que um homem podia fazer sozinho e a artes que não precisavam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza e continuaram a usufruir entre si as doçuras de um relacionamento independente. Mas, a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio do outro, desde que percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpria regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas.<sup>411</sup>

<sup>408</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 187-188.

<sup>409</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 187-188.

<sup>410</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 188-189.

<sup>411</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 189-190.

Surge, assim, o que ROUSSEAU chama de desigualdade moral ou política:

por depender de uma espécie de convenção e ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles.<sup>412</sup>

Houve, então, a destruição da liberdade natural e a verificação e acirramento da desigualdade entre os homens. E o progresso da desigualdade, arremata, deu-se em três passos: 1º o estabelecimento da lei e do direito de propriedade (rico e pobre); 2º a instituição da magistratura (poderoso e fraco); 3º o câmbio do poder legítimo para o poder arbitrário – despotismo (senhor e escravo), tudo provocado pela própria ambição do homem.<sup>413</sup>

Continuando suas reflexões, ROUSSEAU escreve *O contrato social*. Nesta obra pretende não mais explicar o percurso de passagem da liberdade à servidão, como fez no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, mas tentar uma saída para um pacto legítimo entre os homens<sup>414</sup>, de modo a resgatar, tanto quanto possível, as benesses do estado de natureza, já que retornar a ele, em última análise, é impossível<sup>415</sup>.

Procura delinear, então, quais seriam as condições para o estabelecimento de um acordo legítimo dos homens. E, já no início da obra, no Livro I, Capítulo IV<sup>416</sup>, afirma que como nenhum homem tem autoridade natural sobre os demais, a única forma de se estabelecer uma autoridade legítima tem origem nas convenções.

<sup>412</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 143.

<sup>413</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 208-209.

<sup>414</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 7: “Quero indagar se pode existir, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura, considerando os homens tais como são e as leis tais como podem ser. Procurarei sempre, nesta investigação, aliar o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que a justiça e a utilidade não se encontrem divididas.” E p. 9: “O homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado. Aquele que crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio poder resolver essa questão.”

<sup>415</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 189-190; NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 198-199.

<sup>416</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13-18.

No entanto, ao se estabelecer o acordo, ROUSSEAU não admite dizer que os homens se doam ao senhor, para uma relação de servidão:

renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há nenhuma reparação possível para quem renuncia a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e subtrair toda liberdade a sua vontade é subtrair toda moralidade a suas ações. Enfim, é inútil e contraditória a convenção que estipula, de um lado, uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. Não está claro que não se tem obrigação alguma para com aquele de quem se tem o direito de tudo exigir? E esta simples condição, sem equivalência, sem compensação, não acarreta a nulidade do ato? Pois que direito teria meu escravo contra mim, se tudo o que ele possui me pertence, se, sendo seu direito o meu, esse direito meu contra mim mesmo é uma palavra desprovida de qualquer sentido?<sup>417</sup>

Desse modo, na formação do contrato social – para garantir ao homem a segurança almejada – o que se tem em sua base é a liberdade de cada um que, por sua vez, aliena todos os seus direitos a toda a comunidade no sentido da manutenção da igualdade entre todos. Ninguém tem um direito que todos os demais não tenham. Nesse momento, surge a vontade geral, que não é a soma das vontades individuais – vontade de todos<sup>418</sup> –, mas aqueles pontos em comum entre elas, ou seja, o interesse comum<sup>419</sup>. Logo, “cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que tem.”<sup>420</sup> Essa pessoa política formada pela vontade de todos se chama República ou corpo político. E as pessoas se acham duplamente comprometidas: “como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano.”<sup>421</sup>

Eis, então, a fórmula do pacto social, nas palavras do próprio ROUSSEAU: *“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte*

<sup>417</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 15.

<sup>418</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 37; BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 186.

<sup>419</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33-34.

<sup>420</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 21.

<sup>421</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 23.

*indivisível do todo.*<sup>422</sup>

Desse compromisso mútuo, decorre que a ofensa a qualquer um é ofensa contra todos e, além disso, em sendo o Estado formado pelos homens que o convencionaram, não se pode admitir um interesse do soberano que seja distinto do dos súditos. E aquele que descumprir o pactuado pode ser legitimamente constrangido pela vontade geral.<sup>423</sup> ROUSSEAU admite, inclusive, que aquele que romper os laços do contrato pode até mesmo ser punido com a morte, na medida em que de cidadão passa a inimigo.<sup>424</sup>

De mais a mais, ROUSSEAU aponta os aspectos positivos da reunião dos homens em um estado civil, já que o homem, embora abra mão de sua liberdade natural e de um direito ilimitado a tudo, adquire a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui, além de adquirir, também, uma liberdade moral.<sup>425</sup>

A soberania do Estado, para ROUSSEAU, é inalienável e indivisível. Inalienável no sentido de que é o exercício da vontade geral (jamais de vontade particular) e o soberano, como ente coletivo, só pode ser representado por si mesmo.<sup>426</sup> E indivisível porque, justamente, é a própria vontade geral, que ou é geral ou não é, isto é, ou é do povo, ou é de apenas alguns.<sup>427</sup> A vontade geral, ainda, “é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública.”<sup>428</sup> A soberania, assim, é representativa de um acordo de todos com cada um; acordo esse legítimo porque fundado no contrato social, eqüitativo porque atinge a todos, útil porque visa o bem

<sup>422</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

<sup>423</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 24-25.

<sup>424</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-45.

<sup>425</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 26: “Conquanto nesse estado se prive de muitas vantagens concedidas pela natureza, ganha outras de igual importância: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição inferior àquela de que saiu, deveria bendizer sem cessar o ditoso instante que dela o arrancou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem. (...) Sobre o que precede, poder-se-ia acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade.”

<sup>426</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33.

<sup>427</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 35.

<sup>428</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 37.

comum e sólido porque garantido pela força pública e por um poder supremo.<sup>429</sup> No entanto, ela não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada: “consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo.”<sup>430</sup>

No estado civil, todos os direitos devem ser estabelecidos em leis, que devem ser elaboradas pelo povo. E essas leis, para bem regulamentarem a coisa pública, devem levar em conta várias relações: a do todo com o todo (chamadas leis políticas), a dos membros entre si e com o todo (leis civis), a da desobediência à lei (leis criminais). A essas três, ROUSSEAU acresce os usos, os costumes e a opinião, que, para ele, não são leis escritas, mas leis do coração, responsáveis pela verdadeira constituição do Estado.<sup>431</sup> O governo, por sua vez, não deve se confundir com o legislador. Deve ser responsável pela execução das leis e a preservação da liberdade civil e política<sup>432</sup> e, ademais, deve sempre estar submetido ao poder soberano.<sup>433</sup> Dito de outro modo:

sendo todos os cidadãos iguais pelo contrato social, todos podem prescrever o que todos devem fazer, enquanto nenhum tem o direito de exigir que o outro faça o que ele mesmo não faz. Ora, é exatamente esse direito, indispensável para fazer viver e mover o corpo político, que o soberano concede ao príncipe quando institui o governo.<sup>434</sup>

E o Estado pode se dissolver, afinal, pela usurpação do poder soberano pelo

<sup>429</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 41-42.

<sup>430</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 114.

<sup>431</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 46-66.

<sup>432</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 71-72.

<sup>433</sup> NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 197: “Para Rousseau, antes de mais nada, impõe-se definir o governo, o corpo administrativo do Estado, como funcionário do soberano, como um órgão limitado pelo poder do povo e não como um corpo autônomo ou então como o próprio poder máximo, confundindo-se neste caso com o soberano. Se a administração é um órgão importante para o bom funcionamento da máquina política, qualquer forma de governo que se venha a adotar terá que submeter-se ao poder soberano do povo. Neste sentido, dentro do esquema de Rousseau, as formas clássicas de governo, a monarquia, a aristocracia e a democracia, teriam um papel secundário dentro do Estado e poderiam variar ou combinar-se de acordo com as características do país, tais como a extensão do território, os costumes do povo, suas tradições etc. Mesmo sob um regime monárquico, segundo Rousseau, o povo pode manter-se como soberano, desde que o monarca se caracterize como funcionário do povo.”

<sup>434</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 117.

governo<sup>435</sup>, mas também pode encontrar sua ruína no desfazimento dos vínculos sociais e na superação da vontade geral pelos interesses particulares<sup>436</sup>.

### 3.1.2. O direito de defesa, o contrato social e a dignidade humana

De uma maneira geral, os ordenamentos jurídicos modernos reconhecem o direito de defesa como um direito fundamental dos homens. Segundo MARIO VALIANTE, em verdade,

o direito de defesa deriva da lei natural, que induz o indivíduo à luta pela existência e à rejeição de qualquer intrusão em sua esfera de interesses. Como tal, sempre foi reconhecido, por todos os povos e por todos os ordenamentos. A civilidade jurídica depois o disciplinou com regras uniformes e objetivas, fazendo-o perder o caráter de uma mera autotutela e o transformando-o em instituto jurídico.<sup>437</sup>

A defesa é, assim, nada mais do que manifestação do instinto de conservação. E isso, sobretudo, no processo penal. É, neste contexto, a contraposição à acusação e é necessária para o equilíbrio do processo, sob pena de se encontrar o acusado em situação de inferioridade. Esta concepção da defesa com a amplitude da acusação é, para VALIANTE, “a grande conquista da civilidade jurídica”.<sup>438</sup> É, ainda, “a outra face da liberdade”.<sup>439</sup>

Neste passo, é possível buscar fundamento para o direito de defesa no contrato social.

Viu-se que, seja para HOBBS, seja para LOCKE, seja para ROUSSEAU, ainda que em graus distintos, na formação do pacto social, o indivíduo não abdica de todos os seus direitos em favor do Estado. Em todos, permanece um conteúdo mínimo a ser preservado, ainda que de maneira latente. Ao se indagar sobre esse

<sup>435</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 103-106.

<sup>436</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 125-127.

<sup>437</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 239. (tradução livre)

<sup>438</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 240. (tradução livre)

<sup>439</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 240. (tradução livre)

conteúdo mínimo, encontram-se distintas manifestações dos próprios autores brevemente trabalhados. Mas, ao que parece, é possível afirmar que o direito à vida faz parte desse conteúdo mínimo.

E, ao se falar em Direito Penal e em processo penal, é inevitável que se faça referência à vida: ao menos à vida daquele que está sendo processado, o acusado. Em última análise, como se bem sabe, especialmente no processo penal, o juiz tem – e exerce – um poder de vida e de morte, embora não aplique formalmente uma pena de morte, só excepcionalmente aceita no Brasil (art. 5º, XLVII, a, CR/88), mas materialmente o cumprimento de uma pena de prisão – ou mesmo de uma medida de segurança – significa justamente morrer aos poucos, não só o espírito, mas o corpo, ante a degradante condição dos estabelecimentos prisionais.

Assim, o Estado, no exercício material do poder punitivo, é capaz de invadir, de uma forma não autorizada, talvez indireta, o direito à vida.

Ocorre que é justamente a proteção dos direitos dos indivíduos pelo Estado que dá ao pacto legitimidade. Como ressalta SALO DE CARVALHO,

aliás, entendemos que este resguardo dos direitos do indivíduo representa o fundamento de uma teoria heteropoiética da legitimidade, ou seja, uma legitimidade que advém de fora, externa às entranhas estatais e direcionada à satisfação máxima da cidadania. Uma legitimidade de baixo, que pertence ontologicamente ao indivíduo em sociedade. Há, portanto, uma justificativa na titularidade do poder encontrada nos indivíduos, configurando uma teoria democrática do governo.<sup>440</sup>

Entendida a legitimidade dessa forma, é possível defender, com LOCKE, um verdadeiro direito de resistência a qualquer abuso de poder por parte do Estado<sup>441</sup>. Mas quando se pensa num direito de defesa processual, este não pode ser invocado apenas excepcionalmente, senão que deve sempre ser garantido e exercido em todos os processos criminais, mesmo que não se tenha propriamente configurada uma situação de abuso de poder (já que o processo é necessário).

Ademais, o direito de defesa é afeto à própria dignidade humana, e esta é justamente uma “qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não

<sup>440</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 46.

<sup>441</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 50-53.



pode ser destacado<sup>442</sup> e reconhece a todos os homens a titularidade de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado e pelos demais semelhantes. Aliás, quando se fala de dignidade humana, pressupõe-se justamente o reconhecimento do homem como sujeito com consciência e vontade e que tem, certamente, direito de se defender toda vez que sua condição humana é ameaçada. Desse modo, na esteira dos ensinamentos de GÜNTER DÜRIG, se a dignidade humana é violada, ofendida, toda vez que o homem é rebaixado a objeto, por certo um meio dessa ofensa ocorrer é não reconhecer aos acusados o direito de se defender.<sup>443</sup>

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa [...].<sup>444</sup>

É bem verdade que no atual estado das coisas, pensando na função real da pena e do processo penal, como visto, o processamento dos casos tem sido quase sempre um ato atentatório ao indivíduo, como esclarece ALESSANDRO BARATTA, ao falar do eficientismo penal<sup>445</sup>, o que justificaria, então, o direito de defesa como

<sup>442</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40. Nesta passagem, o autor faz menção aos ensinamentos de Günter Dürig (*Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AÖR)* nº 81 (1956), p. 9 e ss.)

<sup>443</sup> A fórmula do homem-objeto, de GÜNTER DÜRIG (*Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AÖR)* nº 81 (1956), p. 127) é citada por INGO WOLFGANG SARLET: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 58.

<sup>444</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-60.

<sup>445</sup> BARATTA, Alessandro. La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali. **Dei delitti e delle pene**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, a. V, n.3, settembre-dicembre 1998, p. 18: “Il patto sociale próprio della modernità, il diritto moderno e le sue costituzioni, sono legati al tentativo di porre un argine alla guerra, di civilizzare e di sottoporre a regole istituzionali i conflitti politici e sociali. All'interno di questo processo, la sicurezza dei cittadini costituisce ‘la promessa centrale dello Stato’ [...] La condizione di validità e di efficacia del patto è l'eliminazione della violenza grazie al monopolio legittimo dell'uso della forza da parte dell'apparato di uno Stato imparziale. Sappiamo invece che il risultato storico – da allora alla radice della *crisi* della modernità, assai spesso descritta nei discorsi che si autoqualificano ‘postmoderni’ – è

um direito de resistência. Mas não se quer que essa situação se perpetue; almeja-se uma sociedade mais democrática e mais humana, em que inevitavelmente indivíduos serão processados, pois crimes sempre serão cometidos, sem que isso signifique necessariamente abuso de poder por parte do Estado. E, para que isso seja possível, é preciso reformular o pacto moderno, numa aliança das vítimas da modernidade, garantindo a inclusão dos excluídos, com efetiva garantia dos direitos fundamentais, como aduz BARATTA<sup>446</sup>. É preciso investir e buscar um Direito Penal e – de consequência, do Direito Processual Penal – que respeite as garantias individuais e princípios de limitação do poder punitivo estatal<sup>447</sup>. E um dos pontos a ser considerado, sem dúvida, é o direito de defesa.

Por isso, mesmo que teoricamente fora de um contexto abusivo, é possível defender que o direito à vida, e o seu exercício, mais especificamente o direito de defesa, e seu exercício (ou seja, meio de conservação da vida), devem ser efetivados pelo cidadão porque simplesmente nunca foram transferidos ao Estado. Nunca saíram do indivíduo. Aliás, quando acordaram entre si, parece razoável entender que estabeleceram ainda que ao Estado caberia garantir a efetivação dos

---

che il diritto moderno, nel tentare di arginare la violenza, ha finito per occultarla, escludendo dal patto i soggetti deboli e rendendo, in tal modo, giuridicamente invisibili la disuguaglianza e la violenza strutturale nella società. Il caso della pena 'pubblica' è sintomatico. L'ideologia dei Lumi e la legislazione dello Stato costituzionale hanno tentato di addomesticarne la crudeltà premoderna, di amministrarla come un rimedio che, nonostante la sua amarezza, è tuttavia efficace contro la violenza. Ma il potere punitivo continua a rivelarsi come un veleno che alimenta la violenza dello Stato e della società. L'interrelazione fra la conflittualità sociale e politica ed il processo istituzionale ed informale di criminalizzazione, tra disuguaglianza e repressione, tra violenza strutturale e violenza penale, è una costante nella storia delle società moderne e dei loro sistemi punitivi." "O pacto social é próprio da modernidade, o direito moderno e suas constituições, são ligados à tentativa de pôr uma barreira à guerra, de civilizar e de sobrepor a regras institucionais os conflitos políticos e sociais. No interior deste processo, a segurança dos cidadãos constitui 'a promessa central do Estado' [...] A condição de validade e de eficácia do pacto é a eliminação da violência graças ao monopólio legítimo do uso da força pelo aparato de um Estado imparcial. Sabemos, porém, que o resultado histórico – de agora desde a raiz da crise da modernidade, de regra descrita nos discursos que se autoqualificam como 'pós-modernos' – é que o direito moderno, ao tentar conter a violência, acabou por ocultá-la, excluindo do pacto os sujeitos débeis e tornando, dessa forma, juridicamente invisíveis a desigualdade e a violência estrutural na sociedade. O caso da pena 'pública' é sintomático. A ideologia dos Iluministas e a legislação do Estado constitucional tentaram domesticar a crueldade pré-moderna, administrá-la como um remédio que, não obstante seu amargor, é ainda eficaz contra a violência. Mas o poder punitivo continua a se revelar como um veneno que alimenta a violência do Estado e da sociedade. A interrelação entre a conflitualidade social e política e o processo institucional e informal de criminalização, entre desigualdade e repressão, entre violência estrutural e violência penal, é uma constante na história das sociedades modernas e dos seus sistemas punitivos." (destaques no original) (tradução livre)

<sup>446</sup> BARATTA, Alessandro. La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali. **Dei delitti e delle pene**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, a. V, n.3, settembre-dicembre 1998, p.19-20.

<sup>447</sup> BARATTA, Alessandro. La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali. **Dei delitti e delle pene**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, a. V, n.3, settembre-dicembre 1998, p. 24.

seus direitos fundamentais, sob pena de não mais ter razão de ser o acordo. Neste sentido, o exercício do direito de defesa assume uma dupla vertente: é manifestação da dignidade humana e da legitimidade da intervenção do poder punitivo do Estado.<sup>448</sup>

### 3.2. Concepção dogmática da autodefesa nos sistemas contemporâneos

GABRIEL IGNÁCIO ANITUA, explicando a influência da formação dos Estados modernos sobre a expropriação dos conflitos penais e a imputação do monopólio da violência ao Estado, assim discorre, em síntese:

quando apareceu um poder centralizado e burocratizado, um novo modelo punitivo substituiu a luta. A averiguação e a prova para verificar uma hipótese apresentaram-se como um novo modelo de resolução de conflitos interindividuais. De fato, deixariam de ser meramente interindividuais, visto que o que o Estado – o monarca e suas burocracias – fazia com tal método era confiscar o conflito, pressupondo que o dano não afetava ao outro indivíduo, mas sim, em todo caso, ao soberano. Na realidade, o dano já não importaria; o que resultava transcendente era a indisciplina, a desobediência, a falta de respeito para com a lei do soberano. Como já disse, foi dessa forma que surgiram o conceito de ‘delito’ e, ligado ao primeiro, o de ‘delinqüente’.

Desde então, e até hoje, a justiça não será mais a luta entre indivíduos e a livre aceitação da resolução por parte daqueles, mas sim a eles será imposta uma resolução de um poder exterior, judicial e político. Surge então uma figura totalmente nova, que não tinha precedentes nem no Império Romano: o ‘procurador do rei’. Sempre que ocorresse um crime, este personagem se apresentaria, em nome do rei, como o danificado, retirando dessa situação a vítima do dano real. Se é que esse dano existia, uma vez que, na maioria dos casos, não seria necessário tal dano para admitir uma desobediência ao poder religioso ou político. No entanto, nos problemas interindividuais anteriores, o soberano ainda se apropriaria da forma de resolvê-los. Produzia-se, assim, a mencionada expropriação do conflito, pois o procurador ‘duplicava’ a vítima e o ofensor era anulado e passava a ser um objeto – ‘réu’ vem do latim *res*, coisa – da indagação. Desta maneira se afirmaria a exclusão do acusado como sujeito do processo, tanto durante a investigação quanto no momento de influir na decisão. O acusado deixaria de ser sujeito da relação e passaria a ser um objeto ou dado da mesma. Dele se extrairia, literalmente, a prova mais absoluta: a confissão.<sup>449</sup>

Tal coisificação do acusado, ressalte-se, não se verificou apenas por parte

<sup>448</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 158.

<sup>449</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 44-45.

do Estado, mas, sobretudo, por parte, ironicamente, da Igreja Católica, na condução de suas devassas gerais e especiais. No processo canônico, inquisitório por excelência, o acusado era simples objeto de prova, do qual deveria ser extraída a rainha delas, a confissão, ainda que sob tortura. Afinal, o que se buscava, era, em síntese, a salvação da alma do pecador-delinquente<sup>450</sup>.

Desde então, ao menos nos sistemas de *civil law*, o que se percebeu foi a constante e crescente desconsideração da figura do investigado e do acusado, até, quer parecer, o processo de democratização e humanização dos Estados, especialmente pós-segunda guerra.

A idéia de universalização (internacionalização) dos direitos humanos, que teve seu primeiro fundamento legal na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, acabou ecoando sobre a formação/reestruturação dos Estados nesse momento histórico, e passou a ser possível começar a pensar na retomada da condição de sujeito do acusado, mesmo para os responsáveis pelos absurdos e atrocidades da guerra.

Ainda que se diga que em outros momentos tal postura já tivesse aparecido, em diversos graus, em determinadas legislações, fato é que definitivamente a partir da década de 40, do século passado, pode-se falar em consolidação do direito de defesa e do processo justo. Em outras palavras, é com a universalização dos direitos humanos que se reconhece o acusado como sujeito de direitos e detentor de dignidade.

E tal reconhecimento se dá em duas esferas, comumente tratadas pela doutrina: o direito de defesa, na persecução penal, divide-se em autodefesa e em defesa técnica. Ambos são elementos fundamentais daquilo que contemporaneamente se conhece como ampla defesa – no Brasil, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV, da Carta de 88 e, portanto, cláusula pétrea (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), e garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 8º.<sup>451</sup>

---

<sup>450</sup> Ver, por todos, CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 32 e ss.

<sup>451</sup> Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e

Diferentemente dos sistemas de *common law*, nos quais o acusado sempre foi reconhecido e, mais do que isso, durante muito tempo pôde fazer, sozinho, sua própria defesa (o que atualmente é objeto de constantes discussões, entendendo-se imprescindível a defesa técnica para o julgamento justo<sup>452</sup>), os países de sistema continental europeu tenderam a dar mais ênfase à defesa técnica, embora não negassem a autodefesa que, porém, era – e é ainda em muitos países – inefetiva. Isso é absolutamente compreensível já que, nos países de sistema continental, deu-se a já referida expropriação dos conflitos penais e se estruturaram sistemas de feição inquisitória, negando ao acusado, logo, sua condição de sujeito processual.

GIROLAMO BELLAVISTA procura dar os contornos da definição de autodefesa, nos seguintes termos:

ela se resume na participação do imputado no julgamento sobre si mesmo, em conjunto com o ofício da acusação e da decisão; em uma palavra, com contraditório. E este, consistindo em um complexo de opiniões, razões e conclusões, conseqüentemente a autodefesa, entendida como participação pessoal do imputado no contraditório, requer que o imputado tenha possibilidade de presenciar o julgamento e de conhecer as outras opiniões, argumentos, conclusões, com a conseqüente manifestação da opinião própria e da demonstração das próprias razões de fato e de direito. A presença em juízo do imputado, além dos casos em que necessária para fins probatórios e instrutórios, é sempre voltada à tutela de seu direito de autodefesa [...]<sup>453</sup>

Significa dizer, portanto, que a autodefesa diz com a possibilidade do

---

imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

<sup>452</sup> RUMI, Jacinta Paroni. Il problema dell'autodifesa nel processo penale anglo-americano. In: GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 98-123.

<sup>453</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 174. (tradução livre).

acusado desenvolver um papel ativo dentro do processo, colaborando, efetivamente, para a elaboração de suas teses defensivas. Não será, assim, apenas ouvido em interrogatório ou objeto de exames periciais. É capaz de realizar a chamada defesa material ou privada.<sup>454</sup>

Em contrapartida, a defesa técnica será aquela desenvolvida pelo profissional do Direito, conhecedor das técnicas jurídicas, fornecendo ao acusado o aparato técnico necessário para fazer frente à acusação. É a chamada defesa formal ou pública<sup>455</sup>, da qual se falará a seguir.

Neste mesmo sentido, MARIO VALIANTE afirma que

o indivíduo pode exercer direta e pessoalmente a atividade de tutela dos próprios interesses. Mas pode também fazê-lo com a assistência de um experto, trabalhando junto e de acordo com ele. Uma e outra atividade do interessado – sua exclusiva atividade processual enquanto parte, e sua atividade combinada com a do defensor – constituem a *autodefesa*, ou defesa pessoal ou material. A atividade do defensor é chamada de *defesa técnica*, ou defesa pública ou formal.<sup>456</sup>

Consoante ensina ALBERTO M. BINDER<sup>457</sup>, o exercício do direito de se autodefender realiza-se no direito a ser ouvido pessoalmente (ou de se pronunciar no processo) – que não pode ser substituído por manifestação do defensor, no direito de intervir em todos os atos do processo, no direito de apresentar provas e também no direito de examiná-las e até mesmo de controlá-las. Alerta, no entanto, que nos países de tradição inquisitória, como é o caso brasileiro, de regra esse direito de se pronunciar é tratado de maneira distinta, ou seja, é um momento em que não se preza pela defesa, mas sim se tenta tirar do acusado uma confissão. De fato, basta pensar que até pouco tempo, apesar da disposição do art. 5º, LXIII, da Constituição de 88, o entendimento era de que o interrogatório era um momento do qual só participava o juiz e o acusado, e seu silêncio era interpretado em seu desfavor. Só recentemente o interrogatório passou a ser visto, por parcela da

<sup>454</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 173; VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258; BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 156.

<sup>455</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 173; VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258.

<sup>456</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258. (tradução livre).

<sup>457</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 156-157.

doutrina, como um meio de defesa.<sup>458</sup> Claro que essa forma de ver o direito de se manifestar não é condizente com o conteúdo constitucional da ampla defesa, especialmente porque amparado por outros princípios que o complementam, a exemplo da presunção de inocência e do próprio direito ao silêncio (art. 5º, LVII e LXIII, da CR). Desse modo,

a declaração do imputado é a oportunidade que é a ele dada, em virtude do direito constitucional de se defender em juízo, para apresentar sua versão dos fatos, oferecer sua justificativa, propor provas e estabelecer um contato direto com as pessoas incumbidas da acusação ou, diretamente, com o juízo.<sup>459</sup>

GAETANO FOSCHINI<sup>460</sup> entende que a autodefesa compreende: (a) a possibilidade do acusado comparecer em juízo (que pressupõe que seja validamente chamado para tanto); (b) a possibilidade de tomar conhecimento das opiniões, argumentos e manifestações dos demais sujeitos processuais (que pressupõe, por sua vez, conhecimento do caso penal); (c) possibilidade de manifestar sua própria opinião; (d) possibilidade de apresentar teses próprias, com indicação dos elementos de fato e de direito pertinentes; (e) possibilidade de fazer valer seus argumentos, através, por exemplo, de requerimentos, recursos, etc.

Ademais, como adverte JACINTA RUMI, discorrendo sobre o sistema anglo-americano,

como é o acusado, e não o defensor, nem o Estado, a sofrer pessoalmente as conseqüências de uma condenação, já que é ele que sofre se a defesa falha, negar-lhe a liberdade de refutar um defensor e se autodefender, significa negar o respeito pelo indivíduo, que é o sangue do direito.<sup>461</sup>

Na verdade, reconhece que o ideal para a defesa é, com efeito, a junção da autodefesa e da defesa técnica, assim como defende também MARIO CHIAVARIO

<sup>458</sup> Ver, por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Disponível em [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1864/O\\_INTERROGATORIO\\_COMO\\_MEIO\\_DE\\_DEFESA\\_A\\_Lei\\_1079203](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1864/O_INTERROGATORIO_COMO_MEIO_DE_DEFESA_A_Lei_1079203). Acesso em 21.07.2010.

<sup>459</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 157. (tradução livre)

<sup>460</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 272-276.

<sup>461</sup> RUMI, Jacinta Paroni. Il problema dell'autodifesa nel processo penale anglo-americano. In: GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 121. (tradução livre).

para quem a autodefesa deve ser entendida “como defesa pessoal coexistente com a defesa técnica (e, então, como parcela de contribuição pessoal que a parte pode trazer para a totalidade do esforço defensivo).”<sup>462</sup> Para ele, aliás, é justamente dessa colaboração entre acusado e defensor que pode surgir um adequado preparo da linha defensiva.<sup>463</sup>

Destarte, sem dispensar a figura do advogado de defesa, deveras importante, é preciso compreender, como bem lembra MARIO CHIAVARIO e também GIUSEPPE RICCIO<sup>464</sup>, que o acusado é o titular do direito de defesa e protagonista essencial do contraditório:

o reconhecimento deste papel do acusado deve permear todo o desenvolvimento do processo e se traduzir, também, em toda uma série de direitos específicos que podemos chamar, genericamente, ‘participativos’, relativos a cada fase ou ato do procedimento, cujas regras são, em grande parte, também (e, na mais das vezes, antes de tudo) regras constitutivas de tais direitos.<sup>465</sup>

Ressalte-se, todavia, ser a autodefesa *disponível* para o acusado, ou seja, é um direito cujo exercício é facultativo, não obrigatório. Tal condição é traduzida amplamente pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*, em face do qual não está o acusado obrigado a produzir prova contra si mesmo, de maneira que pode, então, na atual estrutura brasileira, não responder perguntas no interrogatório, não participar da reconstituição do crime, assim por diante. Ressalte-se que a oportunização do exercício é obrigatório e deve ser assegurada pelo juiz, o exercício, por parte do acusado, é que é facultativo.

Bem pensadas as coisas, porém, é preciso enxergar para além do fascínio

<sup>462</sup> CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 156. (tradução livre)

<sup>463</sup> CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 164: “È da questo contatto che, il più delle volte, trae spunto la definizione della strategia difensiva, ed al riguardo vi è, semmai, da ricordare che la presenza di certe regole deontologiche nella disciplina dell’attività professionale forense – e soprattutto i loro riflessi sul piano degli incentivi alla lealtà processuale – possono operare come freni ad un esplicarsi assolutamente incontrollato di richieste non corrette che, per la scelta di questa o quella condotta processuale, possano venire al difensore dalla parte che egli difende.” “É deste contato que, na maioria das vezes, surge a definição da estratégia defensiva, e tendo em conta isso, deve-se recordar que a presença de certas regras deontológicas na disciplina da atividade profissional forense – e sobretudo os seus reflexos sobre o plano dos incentivos à lealdade processual – podem operar como freios a um explicar-se absolutamente incontrollado de demandas não corretas que, pela escolha desta ou daquela conduta processual, possam vir ao defensor da parte que ele defende.” (tradução livre)

<sup>464</sup> RICCIO, Giuseppe. **Processo penale e modelli di partecipazione**. Napoli: Jovene, 1977, p. 193: “Che il titolare del diritto di difesa sia l'imputato è incontestabile.”

<sup>465</sup> CHIAVARIO, Mario. **Appunti sul processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 164. (tradução livre).



inicial que a definição de autodefesa impõe. Reconhece-se que já é um grande passo, pois é o primeiro necessário para a recondução do acusado como sujeito do processo e da efetivação de um processo devido. Mas não basta. É preciso pensar de que maneira a autodefesa pode se tornar factível e não ser apenas um discurso, vez que, conforme se viu, é uma atividade complexa, se considerados todos os seus desdobramentos, como os apontados por BINDER e por FOSCHINI.

Em outras palavras, resta saber quem, nos termos apresentados, tem condição efetiva de exercer a sua autodefesa. O indivíduo capaz de falar certamente será aquele que sabe exatamente qual a acusação que sobre ele recai<sup>466</sup> e também conhece as regras do jogo; do contrário se cala. Há que se considerar, no entanto, que, uma vez não sendo técnico no Direito, a capacidade de compreensão provavelmente será comprometida, especialmente se se fala de um universo de acusados cuja maioria sequer ler sabe (situação esta agravada pela burocracia da estrutura inquisitória de processo), isso sem contar a tradição inerente ao Direito de ser uma ciência para poucos.

Como bem pontua AURY LOPES JR., fazendo referência aos ensinamentos de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, o indivíduo submetido a um processo penal é exposto a um ambiente absolutamente novo e cheio de mistérios e dúvidas, todavia comum para os agentes do Estado (juiz, promotor, auxiliares).<sup>467</sup> E ele só será capaz de compreender algumas coisas após ser submetido a uma série de cerimônias degradantes. De qualquer forma, a submissão constante a todo esse simbolismo só faz com que ele tenha absoluta consciência de sua inferioridade.<sup>468</sup> Logo, “tanto as estruturas de facto como as próprias estruturas jurídicas determinam assim que o delinquente surja, na interação com as instâncias formais de controlo, dotado de uma reduzida

<sup>466</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 157-158.

<sup>467</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 377: “Patente é, desde logo, a ‘diferença fundamental de papel, e sobretudo de atitude, entre quem *sufre* e quem *faz* a justiça’. O primeiro – nomeadamente o arguido, mas não só – passa por uma experiência que pode ser uma das mais angustiantes da sua vida; o segundo – o agente da instância formal de controlo – cumpre apenas mais uma tarefa de rotina profissional. Para o arguido tudo no cenário – arquitectura e tipologia da sala de audiência, indumentária, linguagem, ritual – releva de um certo mistério em que não é, por princípio, iniciado. Pelo contrário, os membros das instâncias formais de controlo movem-se em ambientes que lhes são inteiramente familiares.”

<sup>468</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-60.

*competência de ação.*<sup>469</sup>

Por isso, não só é necessário resgatar o acusado e dar a ele a oportunidade de ser sujeito dentro do processo (e, mais uma vez, abandonar a cultura inquisitória antidemocrática), mas é também necessário criar um processo compreensível para ele, que o acompanhe, na medida do possível (porque não há como não ser complexa a atividade do Estado na persecução penal), em sua simplicidade, o que não prejudica, aliás, o acusado letrado. O ambiente do processo, então, deve ser sério, comprometido, porém simples, compreensível para o maior número de pessoas possível.

É necessário, então, criar mecanismos capazes de atribuir ao acusado efetiva competência de ação, ou seja, capacidade de antecipar as ações dos órgãos estatais na reconstrução do fato pretérito e na aplicação do direito, capacidade de se orientar conforme tal atuação, capacidade de controlar o desenvolvimento da persecução penal e, ainda, capacidade de efetivar estratégias hábeis para evitar um resultado negativo do processo para ele. Sem isso, não tem o acusado efetiva capacidade de fazer valer seus direitos.<sup>470</sup>

De todo modo, isso é mesmo imprescindível já que é a defesa do imputado um direito inviolável, cujo exercício deve ser assegurado pelo juiz, sendo mesmo um requisito essencial para a função jurisdicional do Estado<sup>471</sup>, ou, como quer GAETANO FOSCHINI, a participação do acusado constitui a essencialidade jurídica da jurisdição, “a base ética e a fonte de seu prestígio.”<sup>472</sup>

### 3.3. A defesa técnica no processo penal<sup>473</sup>

A autodefesa, como se viu, caracteriza-se pela participação do acusado no

<sup>469</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 377. (destaques no original)

<sup>470</sup> Sobre a capacidade de ação, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 378-379.

<sup>471</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 259.

<sup>472</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1960, p. 13. (tradução livre)

<sup>473</sup> No presente trabalho, os termos advogado, defensor e procurador são utilizados como sinônimos.

contraditório, como possibilidade de comparecer em juízo, de conhecer a opinião das partes, suas argumentações e conclusões, de exprimir sua própria razões de fato e de direito. Mas ela não basta para garantia efetiva da ampla defesa. Por isso, é complementada pela exigência de que o acusado deve ser acompanhado de um técnico do direito, um experto na ciência jurídica, capaz de fazer frente ao Ministério Público<sup>474</sup>, também técnico, por sua vez. Assim, segundo GIROLAMO BELLAVISTA, basta a existência do juiz (*iura novit curia*) para que nasça também a exigência de alguém que possa com ele dialogar, que fale sua língua, de modo que se o acusado não conhece o Direito, é necessário que seja assistido por alguém que o conheça: “se não existisse o advogado, seria necessário inventá-lo”<sup>475</sup>.

Interessante e merecedora de reflexões é a diferenciação feita por GIUSEPPE RICCIO entre autodefesa e defesa técnica. Afirma que a autodefesa deve ser entendida como a possibilidade de gestão do mérito do caso penal e, neste passo, faz parte daqueles direitos individuais de liberdade que fundam – e desenvolvem – a própria personalidade humana. A defesa técnica, a seu turno, tem o condão de garantir o correto desenvolvimento da jurisdição, sendo verdadeiro instrumento de validade do processo. Ela é responsável pela garantia do contraditório, inclusive na paridade de armas, desenvolvendo a concepção técnico-jurídica da defesa. Defende, então, que a substância da defesa fica a cargo do imputado, enquanto a forma, do defensor.<sup>476</sup>

Em que pese ser mais comum que a autodefesa se refira sobretudo à matéria fática, sabe-se não só que a própria distinção entre questão de fato e questão de direito é questionável (para não dizer que não existe), mas ainda que ao há qualquer impedimento que o acusado adentre questões ditas de direito, ao mesmo tempo que a matéria a ser enfrentada pelo advogado é toda a possível para bem desempenhar a função defensiva, seja ela de que natureza for.

<sup>474</sup> DALIA, Gaspari. Il ‘nuovo’ ruolo del difensore di ufficio e la disciplina del gratuito patrocinio. In: FERRAIOLI, Marzia (a cura di). **Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 23 e ss.

<sup>475</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa nella istruzione penale. In: **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 132. (tradução livre) E continua: “È uno strumento indispensabile perchè la macchina del processo funzioni. Può ripetersi col Carnelutti che se il processo si paragona ad un meccanismo, il difensore è un organo di trasmissione per il quale il movimento si comunica dal motore alla macchina.” (p. 132) “E um instrumento indispensável para que a máquina do processo funcione. Pode-se repetir com Carnelutti que se o processo se assemelha a um mecanismo, o defensor é um órgão de transmissão pelo qual o movimento se comunica do motor para a máquina.” (tradução livre)

<sup>476</sup> RICCIO, Giuseppe. **Processo penale e modelli di partecipazione**. Napoli: Jovene, 1977, p. 219-220.

A defesa técnica, a cargo de um advogado, constituído ou nomeado, auxilia e estrutura a tese defensiva em favor do acusado. Essa parceria formada entre acusado e defensor é fundamental para o processo penal, como bem expressa GIROLAMO BELLAVISTA:

esta [a defesa técnica] tem suas raízes e sua razão de ser na dialética processual, no contraditório. Fala-se daquele cidadão romano que diante do juiz, ciente da própria inocência quanto da insuficiência defensiva, diante de um acusador da força de Celso, teria dito: 'sou eu talvez culpado, porque Celso é um grande advogado?'. O fato é que a eficácia do contraditório implica paridade de poder entre os contraditores. Daí a necessidade de que as partes ajam e intervenham no processo penal com a assistência de sujeitos que tenham uma capacidade técnico-profissional específica. *lura novit curia, reus nescit*: o imputado que não sabe o direito, tem necessidade de ser assistido por alguém que o saiba, já que a estrutura dialética do processo quer um duelo com armas iguais e não são iguais as armas de um acusador perito em direito e de um acusado privado de direito. Eis porque, ao lado do acusado (..) se desenha uma sombra obrigatória contida em todas as legislações civis, o defensor, o 'eu formal do acusado', a 'sua orelha e a sua boca jurídica', segundo a imagem plástica de VARGHA. Mas a bem ver a defesa técnica não se impõe apenas pelo conhecimento do direito na qual é preposto. O acusado (talvez também *Cícero pro domo sua*) não tem sempre o sangue frio e a indiferença necessária para fazer frente ao acusador, e o ordenamento jurídico não despreza tal consideração. Assim nasce a defesa técnica, o advogado.<sup>477</sup>

No mesmo sentido pondera DIOGO MALAN, considerando a realidade brasileira, para quem a defesa técnica tem o objetivo mesmo de “compensar a desigualdade material existente entre a parte processual acusadora [...] e o acusado, normalmente leigo no Direito e hipossuficiente, quando não alfabeto funcional ou semi-alfabetizado.”<sup>478</sup>, não se esquecendo que o órgão acusador é, na grande maioria das vezes, alguém escolhido por rigoroso concurso público de provas e títulos, tecnicamente capacitado<sup>479</sup>, ao menos em tese. Interessante, então, que não só é o técnico-jurídico, mas também terá a frieza necessária para perceber desapassionadamente as circunstâncias do caso concreto.

Tem razão, então, MARIO VALIANTE, para quem “o defensor se torna, assim, o *alter ego* da parte. A ação desta (autodefesa) e a ação do outro (defesa técnica) são sinérgicas, perseguem a mesma função, conspiram em estreita unidade

<sup>477</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 178. (tradução livre).

<sup>478</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 154.

<sup>479</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 154.

para o alcance do mesmo objetivo prático.”<sup>480</sup> Ou ainda, como quer GIROLAMO BELLAVISTA, defensor e acusado formam uma figura processual complexa, “uma parte-defesa única”, constituída por dois órgãos (justamente o acusado e o seu defensor), semelhante a uma moeda, “na qual um lado não pode ter nenhuma consideração instrumental sem o seu outro lado [...]”<sup>481</sup> *nullus reus sine avvocato*”.<sup>482</sup>

Nos países do *civil law*, de feição inquisitória, o advogado de defesa sempre fez parte da estrutura processual (para alguns autores já fazia desde o processo penal romano<sup>483</sup> e mesmo na jurisdição eclesiástica<sup>484</sup>). Nos países do *common law*, a chegada da defesa técnica, na Inglaterra do final século XVII e início do XVIII<sup>485</sup>, significou, dentre outras coisas, o reconhecimento, em alguns casos, da incapacidade dos indivíduos de bem se defender em um processo penal. Incapacidade esta que, não podendo ser suprida pelo juiz, sob pena de um processo injusto, com um juiz parcial, deveria, então, ser realizada por um advogado<sup>486</sup>. Talvez essa seja exatamente a explicação de ter se permitido sempre, nos países de sistema europeu continental, a figura do advogado de defesa: o acusado sempre foi

<sup>480</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 261. (tradução livre)

<sup>481</sup> Assim também FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 266.

<sup>482</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa nella istruzione penale. In: **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 134. (tradução livre) Assim também se manifesta GAETANO FOSCHINI: “Completezza di struttura dell’ufficio di difesa esige, quindi, la sua composizione dualistica. Deve esservi tanto l’autodifesa della parte (difesa privata) quanto l’organo di difesa pubblica (il difensore). I due uffici che se distinti sono naturalmente connessi e concorrono alla funzione difensiva resolvendo tra loro la immanente e insopprimibile dialettica tra il sociale e l’individuale, con quell’equilibrio che la detta dialettica avrà già trovato fuori del processo, nel concreto e totale ordinamento giuridico, del quale il processo non è che una espressione di vita.” FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 270. “A completude da estrutura do ofício da defesa exige a sua composição dualista. Deve estar aí tanto a autodefesa da parte (defesa privada) quanto o órgão de defesa pública (o defensor). Os dois ofícios que se são distintos são também naturalmente conexos e concorrem para a função defensiva, resolvendo entre eles a imanente e insuprível dialética entre o social e o individual, com aquele equilíbrio que a dita dialética já encontrou fora do processo, no concreto e total ordenamento jurídico, do qual o processo não é senão uma expressão de vida.” (tradução livre)

<sup>483</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 145-146.

<sup>484</sup> RUMI, Jacinta Paroni. Il problema dell’autodifesa nel processo penale anglo-americano. In: GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell’autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 102.

<sup>485</sup> LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003. Ver também, por exemplo, MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 147-150.

<sup>486</sup> RUMI, Jacinta Paroni. Il problema dell’autodifesa nel processo penale anglo-americano. In: GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell’autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 111.

tido como incapaz de se defender; quiçá, algumas vezes, poderia dar alguma contribuição.

Uma das atuais questões sobre a defesa técnica gira em torno de sua obrigatoriedade, sua indisponibilidade. Pondera-se, sobretudo, se em sendo o titular do direito o acusado, há como a ele impor um defensor, mesmo contra sua vontade? Em sendo a autodefesa disponível, não é possível que o acusado não queira mesmo exercer seu direito de defesa? GIUSEPPE RICCIO responde que essa liberdade é limitada pelo interesse coletivo do correto funcionamento da atividade jurisdicional:

interessa à coletividade o respeito da liberdade do indivíduo mas ao mesmo tempo o respeito das regras por meio das quais a liberdade encontra tutela. Desse modo se coletiviza o interesse do indivíduo com o respeito de sua própria liberdade, a qual, então, não constitui mais um pólo meramente individual do processo penal. Através do respeito da liberdade do indivíduo o Estado demonstra ser capaz de tutelar a liberdade de todos, e de qualquer forma assegurar o controle técnico dos instrumentos aptos a comprimi-la.

Nasce o interesse público ao correto uso dos instrumentos processuais e assim a necessidade de garantir, para além da vontade do indivíduo, o respeito das regras de processo. Inviolabilidade do direito de defesa e irrenunciabilidade da defesa técnica se fundem no interesse convergente da tutela da liberdade do indivíduo e do respeito à regularidade do processo; embora em si existam diferenciações concretas, possuem conceitualmente uma mesma matriz.<sup>487</sup>

É necessária, assim, uma síntese desses interesses, sem corromper a liberdade individual, ao mesmo tempo que não pode o indivíduo obstacularizar a defesa.<sup>488</sup>

Além da questão da indisponibilidade, para GIROLAMO BELLAVISTA, na esteira dos ensinamentos de GAETANO FOSCHINI, a atividade do defensor deve ser marcada por independência e autonomia: independência dos poderes estatais e autonomia do acusado, a ele não se sujeitando. Neste passo, o defensor é titular de direitos e faculdades processuais autônomas, para exercício das quais sequer precisa de autorização do assistido, razão pela qual, não raras vezes, há conflito de vontades entre defensor e acusado.<sup>489</sup>

Neste passo, o defensor deve ter liberdade para exercer a sua função, sob pena de não ser efetiva, sob pena de ser violado o próprio direito de defesa:

<sup>487</sup> RICCIO, Giuseppe. **Processo penale e modelli di partecipazione**. Napoli: Jovene, 1977, p. 196-197. (tradução livre)

<sup>488</sup> RICCIO, Giuseppe. **Processo penale e modelli di partecipazione**. Napoli: Jovene, 1977, p. 196-197.

<sup>489</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 182-183; 191-192.

o defensor deve ser livre, e no sentido mais amplo, no exercício de seu ofício, o que, não um obstáculo, mas uma razão, encontra no fato que tal ofício é expressão de um interesse não privado, mas público; isso na verdade exige maior eficiência da função, e, logo, maior liberdade, uma vez que é justamente o grau de liberdade que dá a medida da eficiência da defesa. Uma defesa que não é livre é apenas aparência de defesa [...]<sup>490</sup>

FOSCHINI, dissertando sobre a liberdade de defesa, distingue a existência de uma liberdade no foro externo, que seria justamente aquela que deve existir em relação às autoridades públicas e em relação ao acusado, bem como a indiferença da defesa com relação a opinião de terceiros, especialmente a opinião pública, e outra atinente ao foro interno, que é mais delicada, e que está relacionada com a opinião pessoal do defensor. A dúvida é se pode o defensor preparar a defesa segundo o seu íntimo convencimento e se sim, qual o limite dessa atuação. Em suma, entende o autor italiano que o defensor pode se recusar a atuar no caso, mas, uma vez tendo decidido pela atuação, é seu dever agir para contrapor os argumentos da acusação, jamais para auxiliá-la.<sup>491</sup>

Além disso, é condição de efetividade da defesa técnica que seja reconhecido ao acusado o direito de conversar livremente com seu defensor, como ressalta VALENTINA BONINI<sup>492</sup>. Por certo, para que o defensor possa bem preparar as teses defensivas, imprescindível que tenha liberdade para dialogar com o acusado, direito este, porém, cada vez mais restrito em nome de um verdadeiro processo penal do inimigo.<sup>493</sup>

Mas o direito de defesa acaba sendo, em verdade, uma garantia que está acima de todas as outras garantias processuais, na medida em que é a que torna

<sup>490</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 295-296. (tradução livre)

<sup>491</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 296-303.

<sup>492</sup> BONINI, Valentina. Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito *in* **vinculis**. In: **Il giusto processo** - atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 183.

<sup>493</sup> No Brasil, um exemplo recente do desrespeito desse direito são as escutas ilegais instaladas nos parlamentos de alguns presídios federais. Vejam-se, sobre isso, algumas notícias veiculadas no sítio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: **Editorial: os 'grampos' nos presídios**. disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20035>. Acesso em 08.09.2010; **OAB entra com reclamação contra juízes: bisbilhotagem a preso e advogado**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20148>. Acesso em 08.09.2010; **OAB entrará com ação contra o Brasil na OEA por escutas ilegais**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20236>. Acesso em 08.09.2010.

possível o exercício das demais, como assinala ALBERTO M. BINDER.<sup>494</sup> E o seu conteúdo, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, não se resume na presença de um advogado de defesa no processo.

Pode-se mesmo falar daquilo que DIOGO MALAN chama de corolários lógicos<sup>495</sup>, indispensáveis para a realização da defesa técnica e que, logo, fazem parte de seu próprio conteúdo, da sua própria essência, se considerada adequadamente desde o ponto de vista constitucional, e que sintetizam os argumentos sobre a defesa técnica acima mencionados.

De uma maneira geral, reconhece-se o direito à defesa técnica como um direito fundamental do homem. Nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, há referência às garantias necessárias para a defesa dos acusados nos processos<sup>496</sup>.

No Brasil, a exigência constitucional da ampla defesa e, portanto, da defesa técnica, aparece expressamente nos textos constitucionais desde a Constituição de 1891<sup>497</sup> e atualmente é imposta especialmente pelos art. 5º, inciso XXXVIII, a, e LV, da Carta de 88. Ademais, a regra do art. 133 da Carta de 88 afirma ser o advogado indispensável à administração da justiça. E, além de uma injunção constitucional, é também uma injunção legal, prevista no próprio Código de Processo Penal, já na redação original do art. 261<sup>498</sup>.

Assim, uma análise sistemática dos dispositivos constitucionais e legais que tratam da matéria (desde a fase de investigação preliminar, ressalte-se, a exemplo dos arts. 5º, LXIII, da CR, 306 do CPP e 7º, da Lei 8.906/94), impõe o reconhecimento de pressupostos para a efetividade da defesa técnica, a saber: (a) o direito a uma defesa técnica efetiva, o que exige atuação não negligente (com

<sup>494</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 155: “la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.” “a inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é a única que permite que as demais garantias tenham uma vigência concreta dentro do processo penal.” (tradução livre)

<sup>495</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 158.

<sup>496</sup> Assim aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11.1, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6.3.c, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14.3.b e 14.3.d, na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.2.d e 8.2.e.

<sup>497</sup> Constituição de 1891, art. 72, §16; Constituição de 1934, art. 113, §24; Constituição de 1937, art. 122, XI; Constituição de 1946, art. 141, §25; Constituição de 1967, art. 150, §15; Emenda Constitucional 1/69, art. 153, §15.

<sup>498</sup> CPP, art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.



comparecimento aos atos processuais, protocolização das peças processuais e requerimento de provas) e tecnicamente adequada (manifestações com fundamentação jurídica consistente e plausível, análise dos elementos de prova, pedido de absolvição) do advogado no caso concreto; (b) direito à livre escolha do defensor, sendo a nomeação de dativos excepcional, que, porém, deve ser também garantida a quem precisar; (c) direito à comunicação pessoal e reservada com o defensor<sup>499</sup>; (d) direito ao tempo e meios necessários (acesso aos elementos de convicção, acesso aos termos da acusação, possibilidade de produção de prova) para a preparação da defesa técnica; (e) direito à inviolabilidade da pessoa, dos documentos e do ambiente de trabalho do defensor<sup>500</sup>; (f) direito à última palavra, ou seja, de sempre falar depois da acusação (*last word clause*).<sup>501</sup> ALBERTO M. BINDER acrescenta que não basta a defesa ter o direito de conhecer o conteúdo da acusação, mas há propriamente um direito à correlação entre a acusação e a sentença, seja quanto aos fatos, seja quanto à qualificação jurídica, de modo que a defesa não pode ser jamais surpreendida, significando mesmo uma relativização do princípio do *iura novit curia*.<sup>502</sup>

<sup>499</sup> Prerrogativa prevista expressamente no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), art. 7º, III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

<sup>500</sup> Prerrogativa esta também prevista no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), recentemente alterado pela Lei 11.767/08, que estendeu expressamente essa inviolabilidade para as comunicações eletrônicas e telemáticas: Art. 7º. São direitos do advogado: [...] II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008).

<sup>501</sup> Esse consectários lógicos do direito de defesa técnica são desenvolvidos detalhadamente por DIOGO MALAN, em seu texto MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 160-181.

<sup>502</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 162-163. E sintetiza, nas páginas 164-165, na esteira de Vélez Mariconde, as consequências da inviolabilidade da defesa, técnica e autodefesa: “1. Es necesaria una oportuna intervención del imputado en el proceso penal desde los primeros actos del procedimiento. Esta intervención debe ser lo más amplia posible en todas las etapas del proceso y debe permitir la más amplia defensa posible durante el juicio. 2. Es necesario que el proceso sea auténticamente contradictorio. Esto significa que el imputado debe tener la posibilidad de proponer pruebas, de controlar tal producción de la prueba, y de sugerir una reconstrucción de los hechos y una interpretación del Derecho que le sean favorables y sean atendidos por los jueces. 3. Es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de limite al ámbito de decisión del tribunal. 4. Es necesario que tanto la imputación originaria como la acusación sean ampliamente conocidas y comprendidas por el imputado. Para dar cumplimiento a este requisito se debe tener en cuenta tanto el grado de comprensión como el grado de preparación propios de cada imputado. 5. Debe haber congruencia entre la sentencia y la acusación. Tanto en lo que se refiere a los hechos como – con las limitaciones que hemos señalado – en cuanto a la posible

De qualquer sorte, tem o defensor o dever de sempre agir com lealdade e probidade<sup>503</sup> (até mesmo por determinação do Estatuto da Advocacia). Como afirma VALIANTE, “o defensor é também investido em um *munus publicum* que o faz colaborador do juiz”.<sup>504</sup> Mas em que sentido “colaborador do juiz”? ALBERTO M. BINDER, no entanto, adverte que o advogado tem um compromisso de defender os interesses de seu cliente, e não é propriamente um auxiliar do juiz nem da justiça. Sua missão é agir segundo as regras éticas, mas tendo em conta sempre, em primeiro lugar, o interesse do imputado e é nesses termos que deve ser compreendida a sua função pública ou social, já que assim agindo contribui para que o processo seja devido e que os julgamentos sejam legítimos, de acordo com os postulados de um Estado de Direito.<sup>505</sup> É o dever de lealdade das partes, o *fair play*

---

calificación jurídica de tales hechos. 6. La sentencia debe basarse en las pruebas que se han producido en el juicio. Porque sólo las pruebas que se han producido en el juicio han podido ser controladas por el imputado y su defensor. 7. El imputado debe tener la más amplia libertad para elegir a su defensor y toda facultad del tribunal para apartar a un defensor debe ser sumamente restringida. 8. Debe existir un régimen amplio de declaración por parte del imputado y tales declaraciones deben ser entendidas como un medio de defensa con que el imputado cuenta, y no como un momento para procurar su confesión.” “1. É necessária uma oportuna intervenção do imputado no processo penal desde os primeiros atos do procedimento. Esta intervenção deve ser a mais ampla possível em todas as etapas do processo e deve permitir a mais ampla defesa possível durante o juízo. 2. É necessário que o processo seja autenticamente contraditório. Isto significa que o imputado deve ter a possibilidade de propor provas, de controlar tal produção da prova, e de sugerir uma reconstrução dos fatos e uma interpretação do Direito que lhe sejam favoráveis e sejam atendidos pelos juízes. 3. É necessário que no proceso exista uma imputação concreta; em especial, que o juízo se fundamente sobre uma acusação precisa e detalhada, que sirva de limite ao âmbito de decisão do tribunal. 4. É necessário que tanto a imputação originária como a acusação sejam amplamente conhecidas e compreendidas pelo imputado. Para dar cumprimento a tal requisito, deve-se ter em conta tanto o grau de compreensão como o grau de preparação próprios de cada imputado. 5. Deve haver congruência entre a sentença e a acusação. Tanto no que se refere aos fatos como – com as limitações que ressaltamos – quanto à possível qualificação jurídica de tais fatos. 6. A sentença deve-se basear nas provas que foram produzidas em juízo. Porque apenas as provas que se produziram em juízo puderam ser controladas pelo imputado e por seu defensor. 7. O imputado deve ter a mais ampla liberdade para escolher seu defensor e toda faculdade do tribunal para afastar um defensor deve ser bastante restringida. 8. Deve existir um regime amplo de declaração por parte do imputado e tais declarações devem ser entendidas como um meio de defesa com o qual conta o imputado, e não como um momento para buscar sua confissão.” (tradução livre)

<sup>503</sup> BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 186.

<sup>504</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 262. (tradução livre) E ainda, p. 262: “Collaborando all'accertamento dei fatti e alla interpretazione della legge, il difensore sostiene l'interesse dell'imputato alla sua libertà. Consentendo ed anzi facilitando l'esercizio della giurisdizione penale, soddisfa insieme le esigenze della società e le esigenze dell'imputato, entrambi interessati alla definizione del processo.” “Colaborando com o accertamento dos fatos e com a interpretação da lei, o defensor sustenta o interesse do imputado sobre sua liberdade. Consentindo e até mesmo facilitando o exercício da jurisdição penal, satisfaz também as exigências da sociedade e as exigências do imputado, ambos interessados na definição do processo.” (tradução livre)

<sup>505</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 159.

de PIERO CALAMANDREI.<sup>506</sup> Isso é o que leva GAETANO FOSCHINI a afirmar que a defesa técnica seria defesa pública (em contraposição à autodefesa, defesa privada), visto que exercida em nome de toda coletividade organizada, cujo interesse é de que o indivíduo acusado (como membro da coletividade) seja absolvido ou que lhe seja reconhecido o menor grau de culpa possível dentro das regras aceitas de um processo justo.<sup>507</sup> É neste sentido que é pública a defesa feita pelo defensor, porque adequada aos valores constitucionalmente reconhecidos de um processo devido.

FRANCESCO CARNELUTTI, discorrendo sobre a função da defesa técnica, adverte que, de fato, o papel do defensor equivale àquele do Ministério Público, mas é moralmente mais perigoso, porque pressupõe um contato direto do defensor com o acusado, o que pode levá-lo, por razões diversas, por exemplo o sofrimento do acusado e de sua família, a descumprir os seus deveres legais.<sup>508</sup>

Com acerto se manifesta KARL HEINS GOESSEL. Para ele a figura do defensor ao longo da história já assumiu diversos papéis, diversas caricaturas, nem sempre positivas, aliás. Mas o que define exatamente a imagem ideal do defensor é, em última análise, a teoria do processo e, por conseguinte, a teoria do Estado adotada em dada sociedade. Desse modo, é certo que o papel de um defensor dentro de um Estado de Direito é de assegurar o desenvolvimento de um processo devido a seu cliente.<sup>509</sup> Por outro lado, deve haver limites a essa atuação, limites éticos, repita-se, sob pena de ser ilegítima a atuação da defesa, por violar as regras do *fair play*.

Não obstante, como se viu, infelizmente não está devidamente difundida e sedimentada a importância da ampla defesa. Novamente, por conta de toda a tradição inquisitória, bem assim, em suma, do neopunitivismo e do processo penal do inimigo, observa-se em verdade um contínuo desrespeito ao direito de defesa dos acusados, especialmente quanto à defesa técnica. Como bem observa DIOGO MALAN, “a política criminal de emasculação da defesa técnica, freqüentemente exercida no período ditatorial por meio de prisões de Advogados e de presos

<sup>506</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.

<sup>507</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 268-269.

<sup>508</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 47.

<sup>509</sup> GOESSEL, Karl Heinz. **El defensor en el proceso penal**. Bogotá: Editorial Temis, 1989, p. 3-7; 34-35.

políticos, ressurgem na atualidade, em meio à histeria punitiva da sociedade de controle.”<sup>510</sup>

Isso se reflete, por exemplo, nos diversos projetos de lei apresentados no Congresso Nacional que visam, em última análise, de alguma forma a tolher o direito à ampla defesa, seja impedindo os acusados de “crimes graves” de constituírem advogados de sua confiança, obrigando-lhes a defesa dativa (Projeto de lei n. 6413/2005), seja impedindo a entrevista pessoal e reservada do acusado com seu advogado, se a acusação for de participação em organização criminosa (Projeto de lei n. 291/2003), dentre outros abusos.

Mas também se reflete na prática judiciária (eis a cultura inquisitória), como se pôde perceber recentemente em notícia veiculada em jornal de grande circulação no Brasil, que revelou a prática de gravações clandestinas das conversas tidas nos parlatórios de alguns presídios, entre acusados e seus defensores<sup>511</sup>. Ou ainda, nas tão comuns nomeações de advogados *ad hoc* para audiências em que estão ausentes os defensores atuantes nos casos, dativos ou constituídos. Dentre outros muitos exemplos.

Merece destaque, sem dúvidas, a tão conhecida e questionada Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*. A grande dúvida é: qual a diferença entre ausência e deficiência? Ausência só se caracteriza com a não-presença do defensor? E como isso seria possível se os atos só devem ser realizados com a presença de um defensor, diante da injunção constitucional e legal da ampla defesa? E a deficiência, como caracterizá-la? Se não se sabe ao certo o que é ausência e o que é deficiência, como devem ser comprovadas? Em verdade, a ainda vigência da referida súmula ilustra, com efeito, a despreocupação com a ampla defesa efetiva no processo penal, já que exige da defesa uma prova reconhecidamente impossível e, logo, nada

<sup>510</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 144.

<sup>511</sup> Mais uma vez, importante acessar algumas notícias veiculadas no sítio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: **Editorial: os ‘grampos’ nos presídios**. disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20035>. Acesso em 08.09.2010; **OAB entra com reclamação contra juízes: bisbilhotagem a preso e advogado**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20148>. Acesso em 08.09.2010; **OAB entrará com ação contra o Brasil na OEA por escutas ilegais**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20236>. Acesso em 08.09.2010.

mais é do que um argumento retórico para não reconhecer a nulidade absoluta quando a defesa não for eficaz.<sup>512</sup>

De qualquer sorte, é preciso compreender que uma sociedade democrática exige a tutela da liberdade de seus cidadãos, limitando o poder do Estado. E a proteção dessa liberdade encontra guarida inclusive na garantia e efetivação do direito à ampla defesa que têm todos os cidadãos, igualmente, porque decorrência, em suma, da dignidade humana.

Assim, desrespeitado o direito de defesa de um – independente de quem for – desrespeita-se o direito de todos. Pensar que só os “cidadãos de bem” têm esse direito é adotar o “discurso do inimigo”, que criou o direito penal do inimigo e o processo penal do inimigo. Não devem existir diferenças. Todos os que são submetidos à persecução penal têm o mesmo direito de ampla defesa, que deve ser assegurado, em nome dos postulados do Estado democrático de direito. Tem razão MARIA LÚCIA KARAM:

as garantias que protegem a liberdade diante do violento, danoso e doloroso poder punitivo não são apenas garantias do indivíduo que, em um determinado momento, está sendo acusado de um crime. Não são garantias destinadas a proteger apenas a sua liberdade. São garantias de todos os indivíduos. São garantias que visam proteger o direito fundamental de todos os indivíduos à liberdade.<sup>513</sup>

---

<sup>512</sup> MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 162-163: “Nada obstante, na atualidade praticamente *todas* as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em apreço deixam de declarar tal nulidade, se louvando em um único argumento: a ausência de demonstração do prejuízo infligido ao acusado, nos termos do enunciado nº 523 da Súmula do Excelso Pretório. O sobredito verbete sumular, engendrado em plena ditadura militar, não mais reflete os anseios democráticos da Carta Política de 1988, motivo pelo qual deve ser cancelado. De fato, a exigência de que o acusado, ao ensejo da alegação da nulidade, *prove o prejuízo por ele sofrido*, constitui barreira rigorosamente intransponível, tratando-se de hipótese de *prova impossível*. Vale dizer: a circunstância de que, caso o acusado tivesse tido uma defesa técnica efetiva, ele inexoravelmente teria sido absolvido, é *empiricamente indemonstrável*. [...] O argumento da ausência de comprovação do prejuízo, por conseguinte, na prática serve como uma espécie de artifício retórico para justificar a ausência de declaração da nulidade, em praticamente todos os casos de alegação de falta de efetividade da defesa técnica. De fato, o verbete sumular nº 523 inexplicavelmente não cumpre aquela que deveria ser sua função precípua: fornecer critérios razoáveis para a aferição casuística da falta de efetividade da defesa técnica. Ao contrário, na prática ele serve mais como um *mecanismo para a rejeição de pedidos de declaração de nulidades processuais, decorrentes de falta de efetividade de defesa técnica*. Confirma tal diagnóstico o fato de que aquelas poucas decisões do Excelso Pretório que declaram a nulidade decorrente da falta de efetividade da defesa técnica do acusado *não invocam como fundamento o teor do enunciado sumular em tela*, nas suas respectivas ementas.” (destaques no original)

<sup>513</sup> KARAM, Maria Lúcia. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 400.

Por isso, também neste ponto, necessário se faz todo um trabalho de mudança e conscientização em prol do direito de defesa. Felizmente, não só há vozes importantes na doutrina especializada que se pronunciam nesse sentido, mas já há inclusive movimentos de organização da própria sociedade civil, como a iniciativa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)<sup>514</sup>, preocupados com uma educação para a cidadania no Brasil, especialmente nesta seara.

---

<sup>514</sup> Para maiores informações, é possível acessar o sítio <http://iddd.org.br>.

## CAPÍTULO IV – O PROCESSO PENAL

### 4.1. A natureza jurídica do processo: o processo como relação jurídica e como situação jurídica

Há diversos autores e diversas teorias que já buscaram definir a natureza jurídica do processo. Desde uma perspectiva externa, como assinala CARLOS J. RUBIANES, não se nega que o processo é um conjunto de atos. As distinções aparecem, sim, quanto à sua essência, quando se discute sua compleição desde um ponto de vista interno.<sup>515</sup>

PEDRO ARAGONESES ALONSO chega mesmo a enumerar mais de uma dezena de teorias que buscaram definir a natureza do processo. Divide-as em três grandes grupos: a) teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito (teorias de direito privado – processo como contrato, como quase-contrato, como acordo – e teorias de direito público – processo como relação jurídica, como serviço público, como instituição); b) teorias que utilizam categorias jurídicas próprias (processo como estado de ligação e processo como situação jurídica); c) teorias mistas (teoria da vontade vinculatória autárquica da lei, processo como relação que se desenvolve em situações e processo como entidade jurídica complexa).<sup>516</sup>

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO esclarece que as teorias que buscam definir a natureza do processo, especialmente o civil, levando em conta os interesses por ele atendidos, são de duas ordens: privatistas (ou subjetivistas) e publicísticas (ou objetivistas). As primeiras entendem ter o processo o objetivo de solucionar controvérsias entre partes, e as segundas, que o processo serve para a aplicação do direito substantivo.<sup>517</sup>

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, falando especificamente do processo penal,

<sup>515</sup> RUBIANES, Carlos J. **Manual de derecho procesal penal**. v. 1: teoría general de los procesos penal y civil – El derecho procesal y sus fuentes. Jurisdicción. Acción y defensa. Proceso. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 385.

<sup>516</sup> Citado por LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

<sup>517</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2000, p. 213-214.

aduz que há duas ordens distintas de teorias que pretendem dar conta do tema da natureza jurídica, as heteronomistas e as autonomistas. As heteronomistas são aquelas que buscam em outros ramos do direito as categorias que devem ser aplicadas também no âmbito do processo penal. Dentre elas estariam as teorias que buscam o fundamento no direito privado (teorias do contrato, do quase-contrato e do acordo) e as que se referem ao direito público (teorias da relação jurídica, serviço público, instituição). As autonomistas, por sua vez, buscam a resposta da natureza jurídica no próprio âmbito processual penal (teorias da situação jurídica e do estado de ligação).<sup>518</sup>

De todas elas, para efeito do presente trabalho, serão analisadas apenas as duas que mais marcaram a teoria do processo, quais sejam, a do processo como relação jurídica e a do processo como situação jurídica, para, após, falar-se da proposta apresentada por ELIO FAZZALARI, que deve ser adotada tendo em conta os fins reais que se propõe o processo penal, na perspectiva antes trabalhada.<sup>519</sup>

#### 4.1.1. O processo como relação jurídica

Tem-se como principal expoente desta concepção o autor OSCAR VON BÜLOW. Em 1868, publicou *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, onde defendeu, sobretudo, a necessidade de se pensar o direito processual apartado do direito privado, ou melhor, de se estabelecer definitivamente o limite entre eles. Reconhecia que a ciência processual tinha ainda um longo caminho a percorrer para se livrar das amarras tradicionais do direito medieval e alcançar o mesmo progresso dos demais ramos do direito. E se propôs, então, a esclarecer alguns conceitos que tinha como fundamentais a tal evolução, especialmente no que tange às exceções processuais e aos pressupostos processuais.<sup>520</sup> Realizando seu intento, teve, de fato, um papel da maior importância na definitiva autonomia do direito processual, tendo sua obra vindo a corroborar a distinção já ensaiada quando das discussões sobre a teoria da ação, mormente com

<sup>518</sup> BARREIROS, José António. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 157-158.

<sup>519</sup> Item 1.2.1.

<sup>520</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. xv.



a polêmica Windscheidt *versus* Muther, em 1856/1857.

Reconhecendo, porém, ser algo já apontado, ainda que brevemente, por BETHMANN-HOLLWEG, BÜLOW reafirma não haver dúvidas ser o processo civil uma relação jurídica, no sentido de que impõe deveres e faculdades que vinculam as partes e o juiz.<sup>521</sup> É uma relação jurídica que não se confunde com aquela de direito privado,

tendo em vista que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, tendo em vista que se trata no processo da função dos oficiais públicos e tendo em vista que, também as partes são consideradas unicamente por sua vinculação e cooperação com a atividade judicial<sup>522</sup>,

o que faz, então, de tal relação, uma relação jurídica de caráter público.<sup>523</sup>

E, além de ser uma relação jurídica de direito público, defende que ela “se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes”.<sup>524</sup> É uma relação que avança gradualmente, a partir, é verdade, de uma relação jurídica material, que dá origem à litiscontestação.

O processo é uma *relação jurídica* que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam totalmente concluídas, a relação jurídica processual é ainda um embrião. Ela se prepara por meio de atos particulares. Aperfeiçoa-se somente com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a se submeter aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade se dá em uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.<sup>525</sup>

Não basta, então, para BÜLOW, olhar o processo apenas desde sua característica mais marcante, qual seja, o procedimento. É preciso ir mais além. É preciso compreender quais os sujeitos participantes da relação, qual o objeto da

<sup>521</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1.

<sup>522</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2. (tradução livre)

<sup>523</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2.

<sup>524</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 3. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>525</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2-3. (tradução livre) (destaques no original)

relação, como ela surge, quem é capaz de a ela dar início. Dito de outro modo, é preciso definir quais são os requisitos de admissibilidade de um processo bem como as condições prévias para tramitação da relação processual, isto é, quais são os elementos constitutivos da relação, a que ele chama, pela primeira vez, de *pressupostos processuais*.<sup>526</sup> A partir daí, então, dedica-se, na obra, à investigação de tais pressupostos, como elementos que se distinguem das exceções dilatórias de direito material. É com essa distinção, ainda que contestável, que se reconhece BÜLOW como o precursor da ciência do Direito Processual.<sup>527</sup>

Esses pressupostos para constituição do processo, segundo BÜLOW, determinam precisamente entre quais pessoas, sobre qual matéria, através de que atos e em que momento pode se dar uma relação jurídica de caráter processual. Assim, são por ele considerados os pressupostos de constituição do processo, as prescrições que versam sobre:

- 1) competência, capacidade e ausência de suspeição do tribunal; capacidade processual das partes (pessoa legítima para estar em juízo) e a legitimidade de seu representante,
- 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil,
- 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas custas processuais,
- 4) a ordem entre vários processos.<sup>528</sup>

Embora não exista unanimidade neste ponto entre os seguidores de BÜLOW, que apresentam diferentes propostas sobre quem compõe a relação processual, ADOLPH WACH, aperfeiçoando a proposta de BÜLOW – e, ao que parece, fiel, levadas em conta as próprias palavras de BÜLOW, acima transcritas –, sedimenta a idéia de que a relação processual é triangular, estabelecida entre as partes e o juiz, da qual resultam direitos e obrigações recíprocos entre eles.<sup>529</sup> Na verdade, segundo aponta, por exemplo, AURY LOPES JR., citando ARAGONESES ALONSO, esta noção já era apresentada por BÚLGARO, ao afirmar *judicium est*

<sup>526</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964, p. 3-6.

<sup>527</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitária, 2001, p. 02.

<sup>528</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964, p. 5. (tradução livre)

<sup>529</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

*actus trium personarum, iudicis, actoris, rei.*<sup>530</sup>

Para BÜLOW, a importância de seu trabalho estava justamente em permitir um desenvolvimento científico do direito processual, que já existia, por exemplo, no direito privado, com o desenvolvimento das categorias constitutivas da relação jurídica, e no direito penal, com o desenvolvimento do tipo. A determinação dos referidos pressupostos, para ele, permitia, a partir dali, examinar com a devida profundidade a estrutura do processo judicial.<sup>531</sup>

Agora, o juiz não só deveria decidir sobre o mérito da causa, mas também, antes, se concorrem condições para a própria existência do processo. Logo, “além do suposto de fato da relação jurídica privada litigiosa (da coisa deduzida ou levada a juízo), há que comprovar se existe o suposto de fato da relação jurídica processual (do *iudicium*).” Tal dualismo, aliás, segundo o autor, já existia no processo civil romano (com o procedimento *in iudicio* e o procedimento *in iure*), no processo germânico (com o *preparatoria iudicii*) e também no procedimento francês (com os *fin de non recevoir*).<sup>532</sup>

Além disso, a identificação dos pressupostos processuais permite ainda a divisão do ônus de provar entre as partes, para que saibam quais os pressupostos são constitutivos, quais são impeditivos e quais são extintivos do processo e, de conseqüência, a partir disso, permite seja estruturada uma adequada teoria das nulidades processuais.<sup>533</sup>

GIUSEPPE CHIOVENDA também adotou a teoria da relação jurídica (assim como muitos outros importantes processualistas) e, para ele, ao mesmo tempo que o juiz e as partes se ocupam da relação de direito material, objeto do juízo, vivem também uma relação justamente por conta de tal atividade, distinta da primeira.<sup>534</sup>

Adota o pensamento já iniciado por HEGEL e BETHMANN-HOLLWEG, especialmente desenvolvido por BÜLOW, para entender o processo também a partir

<sup>530</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

<sup>531</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 6.

<sup>532</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 7. (tradução livre)

<sup>533</sup> BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 8-9.

<sup>534</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 83-95.

da noção de relação jurídica, mas uma relação jurídica de caráter processual, autônoma do direito material, complexa (porque compreende vários direitos e obrigações), de direito público (porque deriva de normas que regulamentam a atividade pública), cujo conteúdo é o pronunciamento do juiz, com base na lei, sobre uma demanda formulada, desenvolvida entre três sujeitos: juiz, autor e réu. É uma relação, ainda, em movimento, em ação.<sup>535</sup>

#### 4.1.2. O processo como situação jurídica

Deve-se a JAMES GOLDSCHMIDT o desenvolvimento da teoria do processo como situação jurídica. Tratou de sua teoria em vários textos, mas sua obra-base é um livro justamente chamado de *O processo como situação jurídica* (*Prozess als Rechtslage*), de 1925.

Para ele, os vínculos que nascem entre as partes e o juiz num processo não são propriamente relações jurídicas, consideração estática do Direito, mas sim situações jurídicas, numa perspectiva, ao revés, dinâmica do Direito. Não se tratam de deveres nem faculdades, mas de situações de expectativa, de esperança, sobre a decisão judicial, “de expectativas, possibilidades e ônus”.<sup>536</sup> Segundo ele, apenas as expectativas são direitos em sentido processual e os ônus, obrigações de cunho processual.

Dessa forma, entende ser diferente a situação jurídica da relação jurídica não apenas pelo seu conteúdo, mas também porque aquela depende da evidência (e não da existência) e da prova de seus pressupostos.<sup>537</sup> Mais claramente explica:

o conceito de situação jurídica se diferencia da de relação processual pelo fato de que não tem relação alguma com o direito material que constitui o objeto do processo, enquanto que a relação designa a situação em que a parte se encontra considerado o seu direito material, quando o faz valer processualmente. É equivocado crer, por isso, que o conceito de ‘situação jurídica’ não é distinto do de relação processual, e por ele é impossível admitir que esta se desenvolva até chegar a ser uma ‘situação jurídica’; esta não é uma mera situação da relação processual, mas de direito material que constitui o objeto do processo. Resulta daí

<sup>535</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 83-95.

<sup>536</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 8. (tradução livre)

<sup>537</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 8.

ser desnecessário recorrer ao conceito de relação processual para assegurar a unidade do processo, já que tal unidade vem predeterminada pelo direito material, objeto de referência das 'situações jurídicas' que surgem no processo. Também é equivocado discutir o valor do conceito de 'situação jurídica', já que, graças a ele, determinam-se não só o conceito e características dos direitos e ônus processuais, mas também dele emana o conceito de 'atos de postulação' e a peculiaridade de sua classificação como 'admissíveis' e 'fundados', assim como a luz que clareia os conceitos de litisconsórcio especial, de sucessão processual, etc. É da mesma forma errônea a suposição de que o conceito de situação jurídica em geral, e em particular o de 'expectativa' juridicamente assegurada, sejam de caráter sociológico: para dizer a verdade, não tem este caráter, como tampouco participa dele o conceito de 'expectativa' do Direito civil, ainda que, como esta, não é estado jurídico mais que no caso de que o benefício que se espera esteja seguro em sua efetividade futura, ou seja, quando o arbítrio judicial não seja livre frente a ela, mas vinculado por normas jurídicas ou da experiência.<sup>538</sup>

Explica GOLDSCHMIDT<sup>539</sup> que o conceito de *situación jurídica* se deve a KOHLER, mas é distinto do seu. O de KOHLER aduz ser a situação jurídica uma etapa do surgimento ou do desenvolvimento do direito subjetivo, ligado, portanto, ao direito privado. Para GOLDSCHMIDT, ao revés, o conceito é eminentemente processual, aplicando-se não só ao direito processual, mas a todo direito que surge no âmbito processual. Assim, as categorias processuais não estão ligadas a uma relação jurídica (concepção estática do direito); ao contrário, em uma concepção dinâmica<sup>540</sup>,

ao serem expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial futura, baseada em normas legais, são, na verdade, situações jurídicas, ou seja, o estado de uma pessoa desde o ponto de vista da sentença judicial que se espera com

<sup>538</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 9. (tradução livre)

<sup>539</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 18.

<sup>540</sup> GOLDSCHMIDT usa um exemplo interessante para distinguir a sua concepção do direito daquela oriunda da relação jurídica: "Para ilustrar la diferencia del enfoque, permítaseme aducir un ejemplo de política. Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse si se desaprovecha una ocasión o se descuida una carga; por el contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del derecho material de las partes y de la situación en que se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo." GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 18-19. "Para ilustrar a diferença de enfoque, permita-me referir a um exemplo político. Durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios e súbditos é estática, constitui um império intangível. Quando a guerra começa, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e ônus, e todo direito pode-se aniquilar se não se aproveita uma ocasião ou se descuida de um ônus; pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que na realidade não lhe corresponde. Tudo isso se pode afirmar de forma correlata do direito material das partes e da situação em que se encontram com respeito a ele, uma vez iniciado pleito sobre tal direito." (tradução livre)

fundamento nas normas jurídicas.<sup>541</sup>

Além disso, os vínculos processuais não são abstratos, e sim têm seu conteúdo determinado pela aplicação do direito processual ao direito material, objeto do processo. Em verdade, a situação jurídica é a síntese entre o suposto processual e o suposto material do direito justicial, conforme explica o autor alemão:

reduz a um denominador comum a exigência abstrata do cidadão de que o Estado administre a justiça e a exigência concreta do titular, segundo o direito material, de que o Estado lhe outorgue proteção jurídica mediante uma sentença favorável. A primeira é a possibilidade de constituir, com a apresentação da demanda, a expectativa próxima e certa, ainda que de valor inferior, de que o juiz proceda conforme a lei, à consequência da demanda, abrindo-se, no entanto, ao mesmo tempo, a expectativa distante e incerta de que exare uma sentença favorável ao demandante. Quanto mais longe e incerta esta última, mais depende de que uma parte ou outra aproveite ou não certas possibilidades, livre-se de ônus e de que se realizem expectativas intermediárias, mais próximas e certas, ainda que de menos valor. Em suma, depende do curso ulterior do processo que a expectativa de uma sentença favorável se aproxime e chegue a ser mais certa. Antes da citação das partes para sentença, não se pode antever se a expectativa próxima e certa do ator de uma sentença adequada ao seu pleito é, ao mesmo tempo, de que se verifique uma sentença favorável.<sup>542</sup>

Admite que a teoria de BÜLOW permitiu distinguir os pressupostos processuais das exceções dilatórias materiais. Todavia, embora tenha usado como base o Direito Romano, sua teoria não poderia ser aplicada a ele<sup>543</sup> e tampouco ao processo civil moderno. Para GOLDSCHMIDT, o juiz, de fato, tem a obrigação de conhecer da demanda, mas isso não precisa se dar dentro de uma relação processual. “Esta obrigação do juiz é fundada no Direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar a justiça mediante o juiz, cujo cargo, por sua vez, impõe-no, ao mesmo tempo, obrigações em face do Estado e do cidadão.”<sup>544</sup> Desse modo, essas obrigações não estão ligadas a qualquer direito subjetivo, mas deriva do próprio Estado de Direito e as infrações a elas não geram consequências processuais, apenas civis e/ou penais.<sup>545</sup>

Além disso, as partes não estão incumbidas de quaisquer obrigações de

<sup>541</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 18. (tradução livre)

<sup>542</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 18. (tradução livre)

<sup>543</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 16-17.

<sup>544</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 19. (tradução livre)

<sup>545</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 19.

cunho processual.

É verdade que no Direito romano, e até os últimos anos da Idade Média, o demandado tinha obrigação de cooperar com a *litis contestatio*, ou seja, de manifestar boa vontade de iniciar a fase do procedimento que tornava possível uma sentença de fundo. Semelhante vontade se manifestou nos tempos mais avançados simplesmente no que tange à contestação da demanda. Todavia mesmo esta obrigação do demandado nasceu de uma relação jurídica processual, mas sim da relação geral que liga o cidadão ao Estado. A sujeição do cidadão ao poder estatal é natural e até ilimitada enquanto regente o *imperium*, ou seja, na esfera meramente pública, mas relacionado aos conflitos entre particulares, o indivíduo estava inicialmente livre e regia o princípio da 'autotutela'. Ao se consolidar a organização do Estado sentiu-se a necessidade de repelir a autotutela, e de intervir, como consequência, nos conflitos particulares. A este fim a *iurisdictio* estatal se propôs no princípio, e mais tarde se impôs aos particulares. Não obstante, muito tempo se passou até se realizar a total sujeição do indivíduo da *iurisdictio* estatal e durante esta época de transição se exigia em cada caso uma submissão especial do demandado à decisão do juiz. Agora sim, o demandado estava obrigado a tal submissão, e dela deriva a famosa obrigação de cooperar com a *litis contestatio*.<sup>546</sup>

Ressalte-se, então, que não há propriamente uma obrigação de submissão, mas sim um estado de sujeição à jurisdição. Por isso, esclarece GOLDSCHMIDT, é possível a continuidade do processo mesmo à revelia do demandado. Há, por certo, um ônus de comparecer e contestar a demanda, que, como tal, é imposto ao demandado em seu próprio interesse. Quanto ao demandante, este também seria portador de ônus e não obrigações: ônus de afirmar os fatos e de prová-los. Não há que se falar, também, em deveres de omissão das partes, já que o dever de não proferir afirmações falsas é antes de tudo moral, não jurídico.<sup>547</sup>

Desse modo, por certo que o processo não pode ser considerado uma série de atos isolados. Mas o fato dessa conjunção de atos ser destinada a um mesmo fim, por si só, não a constitui uma relação jurídica.

Um rebanho não constitui uma relação jurídica só porque é um complexo jurídico de coisas semoventes. Por outro lado, é evidente que a peculiaridade jurídica do fim do processo determina a natureza do efeito de cada ato processual. Mas nem um nem outro constituem uma relação jurídica, e o objeto comum a que se referem todos os atos processuais, desde a demanda até a sentença, e que na realidade constitui a unidade do processo, é seu objeto, normalmente o direito subjetivo material que o autor faz valer.<sup>548</sup>

<sup>546</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 21. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>547</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 21-22.

<sup>548</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 22-23. (tradução livre)

Em outras palavras, a unidade do processo proposta pela relação jurídica é apenas aparente. A unidade do processo é garantida, de fato, pelo seu objeto que é direito subjetivo material que alega ter o autor. Ademais, a obrigação do Estado-juiz de analisar os casos e a submissão das pessoas à jurisdição existe independentemente da existência do processo.<sup>549</sup> Para GOLDSCHMIDT, o processo, ao invés de constituir relações jurídicas entre as partes, na verdade as interrompe, substituindo-as por expectativas.<sup>550</sup>

A teoria da relação jurídica processual adota um viés material, porque trabalha com a possibilidade de existência do direito pleiteado ou não. Desse modo, não podem ser os vínculos processuais resultado do direito material. Por isso, para tal concepção da natureza do processo, a relação processual é sempre abstrata. Mas, para GOLDSCHMIDT, os vínculos processuais são baseados não na existência (sempre duvidosa) do direito material, mas sim em sua evidência, que pode ser maior ou menor e se transpõe para o processo o direito material em forma de expectativas, possibilidades e ônus, isto é, em situações processuais.

Se a evidência dos pressupostos do Direito material falta totalmente, a expectativa que se oferece se reduz a uma mera pretensão de que o Estado administre a justiça; se, pelo contrário, existem provas irrefutáveis da existência do Direito material, a expectativa baseada nelas chega a coincidir com a exigência de proteção jurídica mediante uma sentença favorável.<sup>551</sup>

GOLDSCHMIDT defende que as normas jurídicas têm dupla natureza: de um lado, são imperativos para os cidadãos, de outro, limites para o juiz. A primeira perspectiva se aplica às normas jurídicas em sua função extrajudicial, em uma concepção estática ou material do direito. A segunda, por sua vez, trata de uma concepção dinâmica ou processual da norma, importantes para a compreensão do que chama de nexos processuais.<sup>552</sup>

Desse modo, na segunda acepção, se o direito funciona como limite para a atividade do magistrado, o juiz não pode ser sujeito nem objeto de vínculos jurídicos.

<sup>549</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 60-61.

<sup>550</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 61.

<sup>551</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 62-63. (tradução livre)

<sup>552</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 13.



Ele está vinculado ao direito porque é julgador, porque aplicar a lei é seu ofício. Assim, quando se considera o direito como limite à atividade jurisdicional, os nexos jurídicos todos estão vinculados à sentença, ou seja, às expectativas sobre a conduta do juiz, da decisão que tomará e, finalmente, da sentença que pronunciará.<sup>553</sup>

Da natureza das normas legais como limite do juiz resulta que têm, frente aos indivíduos, o caráter de promessas ou ameaças de determinada conduta do juiz, em última análise de uma sentença de conteúdo determinado, com o efeito de que a pretensão da parte valerá no futuro, ante os tribunais, como juridicamente fundada ou infundada. Os nexos jurídicos dos indivíduos que se constituem correlativamente são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável.<sup>554</sup>

Há, então, para GOLDSCHMIDT, direitos processuais<sup>555</sup>, que se evidenciam em três categorias: expectativas ou perspectivas, possibilidades ou ocasião processual e, finalmente, os ônus processuais. As *expectativas* se caracterizam como os vínculos entre os indivíduos que esperam uma sentença favorável, enquanto as *perspectivas*, de uma sentença desfavorável. As partes ainda têm *possibilidades* de proporcionarem para si situações de vantagens ou *ônus* de praticar atos para evitar situações desfavoráveis, sobretudo a sentença desfavorável. Essas três categorias correspondem a espécies de direitos materiais, a saber: as expectativas correspondem aos direitos relativos, os ônus correspondem ao dever ou à obrigação, a dispensa dos ônus corresponde aos direitos absolutos, enquanto as possibilidades correspondem aos direitos potestativos.<sup>556</sup>

Esses direitos processuais encontram-se sempre relacionados a atos processuais, que têm por finalidade, em suma, provar um fato ou ao menos garantir meios para prová-lo, criando, assim, uma situação processual favorável.<sup>557</sup> Segundo GOLDSCHMIDT,

<sup>553</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 15.

<sup>554</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 16. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>555</sup> O próprio autor, no entanto, fala que não se tratam de direitos propriamente ditos, mas sim situações que se poderiam denominar pela palavra francesa *chances* (probabilidade). GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 16.

<sup>556</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 50-53.

<sup>557</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 64.

os direitos ou as cargas processuais dependem da evidência, especialmente da prova de qualquer fato. Para levar um fato à evidência, sempre é necessário um ato processual. Ademais, geralmente, para que o ato tenha êxito definitivo, necessita-se da existência de um meio de prova, que baste para fundar uma expectativa ou possibilidade processual enquanto se trata de um processo possível futuro.<sup>558</sup>

Além disso, diferentemente da teoria da relação jurídica, a teoria da situação jurídica entende não haver distinção, desde o ponto de vista processual, em direito público e direito privado. Tanto isso é verdadeiro que há vários preceitos dispositivos no direito processual que permitem às partes, no exercício de seus livre arbítrios, decidirem o destino das situações processuais, até mesmo desviando-se das normas legais.<sup>559</sup>

GOLDSCHMIDT deixa claro, como visto, que os direitos processuais não têm relação com o dever, o que leva à conclusão de que não podem ser ofendidos. Em outras palavras, afirma que o descumprimento de uma expectativa processual não gera antijuridicidade ou uma lesão de direito, mas apenas se fala em aplicação indevida ou interpretação equivocada da lei. Assim, desde o ponto de vista processual, os atos judiciais só podem ser equivocados e as conseqüências advindas desse erro são a nulidade ou a recorribilidade da decisão.<sup>560</sup> Da mesma forma, o ato da parte não pode ser antijurídico: “ele se justifica quando existe esperança de êxito, e a omissão de um ato processual da parte se justifica quando não o prejudica.”<sup>561</sup>

Também neste ponto, logo, é possível estabelecer distinção entre a teoria da relação jurídica e a da situação jurídica:

desde o ponto de vista da concepção material ou estática do direito, o Direito processual regula apenas as formas dentro das quais se faz valer ou aparecer a exigência da tutela jurídica – concreta ou abstrata –, vale dizer, para o enfoque material o Direito processual é apenas a forma que a matéria adota, a *forma formada*. Desde o ponto de vista da concepção processual ou dinâmica, o Direito material determina exclusivamente o conteúdo ou objeto dos atos processuais, especialmente da sentença, o conteúdo das condições para vencer ou sucumbir

<sup>558</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 95. (tradução livre)

<sup>559</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 68-79.

<sup>560</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 66.

<sup>561</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 67.

no pleito, enquanto que o Direito processual é a forma em que se verte a matéria, a íntima essência desta, a *forma formando*.<sup>562</sup>

Desse modo, a situação processual pode se desenvolver da seguinte maneira: já da intenção de propor uma demanda se pode evidenciar uma situação processual, desde que haja meios probatórios eficazes para levar um fato importante à evidência. Nesse momento, existe a *possibilidade* da propositura da demanda e a *expectativa* de que o juiz a processe de acordo com as leis processuais. O autor tem o *ônus* e a *possibilidade* de fundamentar a demanda, de modo a atender sua *expectativa* de uma sentença favorável. Em seguida, proposta a demanda e citado o réu, está pendente a lide, presente então a *perspectiva* do demandado de que o juiz acolha o pedido do autor. O demandado tem o *ônus* de contestar a demanda e a *possibilidade* de impugná-la, ao mesmo tempo que ao autor se impõe também o *ônus* da prova de suas alegações. Após réplica e tréplica, as *expectativas* da vitória e a *perspectiva* da sucumbência, antes incertas, tornam-se cada vez mais concretas, ante a colheita do material probatório e a proximidade da sentença final. Mesmo com a sentença, por sua vez, é possível o surgimento de uma nova situação processual, com a interposição de recursos.

O que se tem, por fim, é o reconhecimento de que todo o processo se desenvolve levando em conta a preclusão:

cada entrada em uma nova situação processual leva consigo os efeitos da preclusão, que sendo consequência geral da revelia (no sentido amplo de não se desincumbir do ônus), vinculam-se sempre ao fato de não se desincumbir de um ônus que se impõe pela existência de uma possibilidade, ou seja, significa dizer que ao mesmo tempo se excluem a desincumbência de um ônus e o aproveitamento de uma possibilidade.<sup>563</sup>

GOLDSCHMIDT reconhece a possibilidade de aplicação de sua teoria inclusive para o processo penal. Defende uma visão mais dinâmica da lei penal, relacionando-a com o processo penal, ou seja, na medida em que o Direito Penal atribui um direito subjetivo de punir que só pode ser exercido através do processo penal, ele assume, desde o início, diferentemente do direito privado, a forma de um direito objetivo justicial. E, a partir dessa concepção da lei penal, como uma ameaça

<sup>562</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 80. (tradução livre) (destaques no original)

<sup>563</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 194. (tradução livre)

da aplicação de uma pena através de um processo, os indivíduos se encontram vinculados, por essa ameaça, ao cumprimento de uma obrigação processual.<sup>564</sup>

Assim,

para um enfoque processual, o assinalamento de condenação e de execução da pena não enlaça um tipo material, ou seja, o fato punível, mas um resultado processual, isto é, a prova desse fato. Portanto, a obrigação que se impõe pela ameaça penal é a necessidade de um fazer, como o é a característica de uma obrigação processual, ou seja, evitar as desvantagens processuais da condenação e da execução. A este fim a omissão do fato punível não é nem *necessária*, nem *suficiente*; não é *necessária*, porque também o culpado pode conseguir evitar sua condenação; não é *suficiente*, porque também um inocente pode chegar a ser a vítima de uma condenação. Por conseguinte, os assinalamentos de pena impõem uma obrigação de *defesa*.<sup>565</sup>

No que tange ao processo penal, GOLDSCHMIDT chega mesmo a defender a existência de uma *pretensão processual*, que não se confunde com uma exigência em sentido material. Segundo o autor, essa pretensão processual penal consiste “na afirmação do nascimento de um direito judicial de penalizar e o pedido para que tal direito seja exercido”<sup>566</sup> e não se confunde nem mesmo com o conceito de pretensão do processo civil, qual seja, “a alegação, pelo autor, de um direito próprio e o pedido de que lhe seja adjudicado”<sup>567</sup>. Desse modo, entende adequado falar-se em direito de acusação, e não em ação penal, porque de fato não se trata de um direito material e concreto, e sim uma faculdade formal e abstrata de provocar a jurisdição penal.<sup>568</sup>

Afirma ser possível a aplicação da concepção dinâmica do direito também na esfera criminal, especialmente por conta da indefectibilidade da jurisdição penal. Retoma a idéia de que o direito penal, justamente por conta da obrigatoriedade da realização do processo para aplicação de uma pena, assume desde o princípio a forma de um direito objetivo justicial.

<sup>564</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 53-54.

<sup>565</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 54-55. (destaques no original)

<sup>566</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Princípios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitária, 2001, p. 88. (tradução livre)

<sup>567</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Princípios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitária, 2001, p. 88. (tradução livre)

<sup>568</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Princípios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitária, 2001, p. 88-89. Esta é uma discussão que apenas se noticia no presente trabalho. Dada sua evidente complexidade, eventual exame mais aprofundado do tema da ação penal fica para uma outra ocasião.

A concepção dinâmica estaria fundada na idéia de que existe a ameaça de um processo penal que pode levar à condenação do indivíduo e à execução da pena aplicada. Diante disso, o vínculo jurídico processual oriundo dessa ameaça, que recai sobre o indivíduo acusado, é um *ônus* de se defender, isto é, deve agir de modo a evitar que o fato punível seja provado e ao final, evitar que seja condenado.<sup>569</sup> Além do ônus, também existem no processo penal os demais direitos processuais, quais sejam, as *expectativas* e as *possibilidades*. Alerta GOLDSCHMIDT que as possibilidades, assim como a importância dos ônus, serão maiores quando se estiver diante de um sistema processual acusatório<sup>570</sup> (porque então podem as partes efetivamente agir em nome de seus interesses). É, em suma, nestes termos que aplica o autor sua teoria para o âmbito do processo penal.

#### 4.2. A natureza jurídica do processo penal

Dentre os processualistas penais, houve uma evidente preferência pela doutrina de BÜLOW, em detrimento de GOLDSCHMIDT.

EUGENIO FLORIAN defendeu a concepção da essência do processo penal como uma relação jurídica, unitária, que se desenvolve progressivamente, estabelecida entre as partes e o juiz, de onde se originam direitos e deveres recíprocos. A relação processual é distinta da relação material, e não é um fim em si mesmo, mas “serve à realização de uma relação concreta (material) de direito penal e eventualmente de relações jurídicas conexas, não penais.”<sup>571</sup>

Para FLORIAN, a teoria da relação jurídica tem dupla importância e traz mais dignidade jurídica ao processo penal: esclarece a estrutura do processo e ressalta os sujeitos processuais, especialmente o imputado. Também defende que tal concepção se adéqua com tranquilidade a um sistema de feição acusatória.<sup>572</sup>

<sup>569</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 96-97.

<sup>570</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 99-100.

<sup>571</sup> FLORIAN, Eugenio. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, p. 85. (tradução livre)

<sup>572</sup> FLORIAN, Eugenio. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice

Entende não ser possível a adoção da teoria da situação jurídica por várias razões. A primeira delas é que a teoria foi pensada, indistintamente, para o processo civil e penal, o que demonstra sua primeira impropriedade. Além disso, “não corresponde ao conteúdo e aos fins do processo penal, no qual são impostos ao juiz e às partes verdadeiras e próprias obrigações e a eles também conferidos direitos, que não podem ser descumpridos sob pena de aplicação de sanções.”<sup>573</sup>

Aliás, entende que a inspiração publicística inerente ao processo penal exige mesmo a noção de relação jurídica, muito mais que para o processo civil: do direito público nascem justamente obrigações e direitos, especialmente para o acusado.<sup>574</sup> “A relação jurídica exprime fielmente o esquema fundamental do nosso processo: aqui os sujeitos processuais, ao menos os principais, têm direitos e obrigações.”<sup>575</sup>

GIOVANNE LEONE, da mesma forma, concebe o processo penal desde o ponto de vista de uma relação jurídica (relação jurídica entendida a partir do binômio direito subjetivo-obrigação<sup>576</sup>).

Há, segundo ele, argumentos políticos e jurídicos para tal noção de processo. Desde o ponto de vista político, a concepção do processo como uma relação jurídica traz para ele uma essência liberal, em contraposição a uma visão autoritária de processo. Do viés jurídico, por sua vez, é possível a compatibilidade da relação jurídica com o aspecto dinâmico do processo (o que foi objeto de várias críticas à teoria da relação jurídica, feitas, por exemplo, pelo próprio GOLDSCHMIDT). Para LEONE, esse caráter continuativo não tem o condão de afastar a unidade da relação jurídica, como já havia reconhecido, inclusive, CALAMANDREI. Ainda que se admita a existência de várias relações menores dentro do processo, todas estão relacionadas a uma relação maior, que dá a imprescindível unidade a ele.<sup>577</sup>

LEONE entende, então, que o processo penal tem a natureza de uma relação jurídica, que é representada pelo direito público subjetivo das partes de

---

Torinese, 1939, p. 86.

<sup>573</sup> FLORIAN, Eugenio. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, p. 88. (tradução livre)

<sup>574</sup> FLORIAN, Eugenio. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, p. 88-89.

<sup>575</sup> FLORIAN, Eugenio. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, p. 90. (tradução livre)

<sup>576</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 217-218.

<sup>577</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 218-219.

exigir do juiz uma decisão e pela correlata obrigação do juiz, bem como pelo direito potestativo de ação<sup>578</sup> exercido pelo Ministério Público, ao qual se deve sujeitar o imputado.<sup>579</sup>

GIUSEPPE BETTIOL também opta pela teoria da relação jurídica. Entende que a teoria reconhece ser o processo composto por várias relações jurídicas que se verificam entre vários sujeitos. A unidade do processo seria, então, sistemática e não ontológica.<sup>580</sup> Ressalta ser importante a leitura filosófica, sociológica, ética, enfim, do processo, mas entende indispensável uma leitura jurídica<sup>581</sup>. Dentre outras razões, esse é um ponto que BETTIOL critica em GOLDSCHMIDT, porque teria uma visão mais sociológica do que jurídica do processo e, por isso, “dissolve a dogmática do processo num conjunto de estados emotivos ou psicológicos”<sup>582</sup>.

Mais do que isso, na medida em que vê como o elemento mais importante da teoria da relação jurídica sua necessária ligação com a preservação da liberdade dos indivíduos, sua maior crítica a GOLDSCHMIDT é justamente que sua teoria “representa um enfraquecimento substancial, desde o ponto de vista político, das exigências de um Estado de Direito, ao qual deve o processo penal servir”<sup>583</sup>. Isso porque, conforme explica o autor italiano, a teoria do processo como relação jurídica é necessária e repleta de valor<sup>584</sup>, pois tem caráter democrático e liberal muito

<sup>578</sup> Deixe-se claro que esta é a posição do autor sobre a ação penal, que não reflete a posição da autora deste trabalho. No entanto, este é um tema que não será discutido, por não fazer parte diretamente dos objetivos da tese.

<sup>579</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 224.

<sup>580</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 197-198; \_\_\_\_\_. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 271 e 274.

<sup>581</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 196.

<sup>582</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 198. \_\_\_\_\_. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 275.

<sup>583</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 198. (tradução livre)

<sup>584</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 197: “Noi crediamo, invece, che l’idea del processo come rapporto giuridico sia una idea necessaria e piena di valore. Piena di valore perché sottolinea lo sfondo politico democratico-liberale delle sue origini, in contrasto con ogni tendenza che voglia trasformare il processo penale in un semplice intervento statale al fine di ‘disinfezione sociale’ o di ‘difesa sociale’; necessaria perché essa ci permette di articolare il processo in una serie ordinata di singoli rapporti tra più soggetti, onde, collegando posizioni ‘di diritto soggettivo’ a posizioni di ‘dovere giuridico-obbligatorio’, si possa giungere all’atto finale (sentenza) in un vero clima di legalità.” “Cremos, ao contrário, que a idéia do processo como relação jurídica seja uma idéia necessária e repleta de valor. Repleta de valor porque destaca o fundamento político democrático-liberal das suas origens, em contraste com cada tendência que queira transformar o processo penal em uma simples intervenção estatal com fins de desinfecção social ou de defesa social; necessária porque nos permite articular o processo em uma série ordenada de várias relações entre vários sujeitos, na qual, ligando posições de direito subjetivo

evidente, especialmente porque ligada à exigência de legalidade, algo afeto ao processo penal moderno, que o exime do papel de simples instrumento de defesa social.<sup>585</sup>

[...] estamos perante uma relação jurídica *complexa e progressiva* (MANZINI) que se desenvolve, em termos de estrita legalidade, ao longo de cada momento do *iter* processual. Complexa, enquanto se analisa numa série de elementares ligações entre os vários sujeitos; progressiva porque não se esgota num momento, mas se projecta no tempo e no espaço através de diversas *fases* que conduzem à decisão final, podendo, inclusivamente, reviver na fase executiva, quando surja um incidente de execução.<sup>586</sup>

GIROLAMO BELLAVISTA adota, da mesma forma, a teoria da relação jurídica para o processo penal. Para ele, não basta estudar as atividades (ação, jurisdição) e os sujeitos do processo. É necessário, também, investigar a relação entre todos os elementos do processo. Não se deve esquecer, porém, que o processo é um duelo regulado pelo direito – o processo serve ao direito e é servido pelo direito.<sup>587</sup> Além disso, o processo comporta várias relações jurídicas: entre juiz, autor e réu, que nasce do exercício da ação penal; entre juiz, autor e réu, que nasce da ação de prevenção criminal; dentre outras.<sup>588</sup> E a relação processual desenvolve-se em três fases ou momentos (instrução formal, cognição e impugnação), tendo como características fundamentais ser autônoma, complexa, progressiva e gradual.<sup>589</sup>

No Brasil, a teoria do processo como relação jurídica foi adotada por vários processualistas, a exemplo de HELIO TORNAGHI e JOSÉ FREDERICO MARQUES, e, de uma maneira geral, é a teoria sobre a natureza do processo ainda prevalente.

TORNAGHI opta pela teoria do processo como relação jurídica: “Dando base

---

a posições de dever jurídico-obrigatório, é possível alcançar o ato final (sentença) em um verdadeiro clima de legalidade.” (tradução livre)

<sup>585</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 197; \_\_\_\_\_. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 274-275.

<sup>586</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966, p. 197; \_\_\_\_\_. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 274. (destaques no original)

<sup>587</sup> BELLAVISTA, Girolamo. **Lezioni di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1956, p. 84. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 172.

<sup>588</sup> BELLAVISTA, Girolamo. **Lezioni di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1956, p. 86-87. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 174-175.

<sup>589</sup> BELLAVISTA, Girolamo. **Lezioni di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1956, p. 87. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 175-177.



pública ao processo e considerando as partes como sujeitos de direito em face do Estado, a teoria da relação processual é não apenas uma construção científica, mas, realmente, uma garantia contra os abusos do Poder Judiciário.”<sup>590</sup>

Assim, entende ser o processo uma relação jurídica autônoma (da relação jurídica substancial), em movimento (*procedere*), complexa (por conta da pluralidade de vínculos subjetivos), porém una (já que “cada ato não cria uma relação nova, porém alenta a já existente. Assim se explica que a nulidade de um ato vicie, mate, atos posteriores”<sup>591</sup>). É ainda uma relação de caráter público, porque envolve, afinal, o Estado, na relação estabelecida entre o juiz e as partes.<sup>592</sup>

No mesmo sentido de TORNAGHI trabalha FREDERICO MARQUES, para quem a teoria da relação jurídica é a que permite a aproximação necessária do processo penal com os princípios que informam o sistema processual de feição acusatória.<sup>593</sup> Assim, admite o processo penal como uma relação jurídica triangular entre os sujeitos processuais principais (autor, juiz, réu), complexa, progressiva, unitária, autônoma, de direito público.<sup>594</sup>

#### **4.3. Críticas às teorias dominantes e a necessidade do resgate de Elio Fazzalari**

##### **4.3.1. Teoria da relação jurídica**

BÜLOW teve um mérito enorme não só por ter sedimentado a separação entre o direito material e o direito processual, mas também porque procurou trazer ao processo a noção de direitos e deveres dos sujeitos processuais. Sua visão fundou a idéia de que todos têm direitos em face do Estado e de cada um, bem como deveres. Transformou o processo num ambiente também de civilidade, além de ético.

<sup>590</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 367.

<sup>591</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 373.

<sup>592</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 374.

<sup>593</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 388.

<sup>594</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 391-394.

Não obstante tenha reconhecido o processo como algo que se desenvolve, progredindo no tempo, uma das maiores críticas que recebeu é a de que considerou o processo desde um ponto de vista estático, já que relação jurídica, determinada pela lei, estabelecida, como prevaleceu, entre autor, juiz e réu.

A teoria da relação jurídica foi trazida também para o processo penal, com algumas reservas, que, apesar das críticas que pode receber – e de fato recebeu – significou uma evolução talvez até maior do que para o processo civil. Como bem pondera AURY LOPES JR., a aplicação da relação jurídica ao processo penal teve o condão de resgatar o acusado como um sujeito do processo, e não mais meramente o seu objeto. Reconheceu-se ser ele titular de direitos e obrigações próprias, inclusive em face do Estado, “que pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição)”.<sup>595</sup> Foi o primeiro marco capaz de pôr início a um processo de rompimento, de fato, com a tradição inquisitória que não negava a existência de partes no processo, como já disse FRANCO CORDERO<sup>596</sup>, mas não reconhecia ao acusado efetivos direitos, apenas obrigações.

O mesmo CORDERO, aliás, reconhece a importância (e os problemas) da teoria de BÜLOW, de nítida inspiração pandectista, especificamente quanto a ser o processo uma espécie de direito da parte em face do juiz, o que deve ser sempre levado em conta quando se procura uma definição cientificamente válida do fenômeno processual.<sup>597</sup>

Mas o fato é que, como adverte AROLD PLÍNIO GONÇALVES<sup>598</sup>, a teoria da relação jurídica foi elaborada levando em conta as construções do direito privado do século XIX e, logo, as concepções individualistas da mesma época, mormente a de direito subjetivo, de WINDSCHEID. Por conta de tal influência, passa a teoria pela exata mesma crise pela qual passou o próprio conceito de direito subjetivo ou mesmo o de relação jurídica no âmbito do direito privado. Em pouco tempo, percebeu-se, dentre outras coisas, que nem todas as situações jurídicas traziam em si vínculos entre os sujeitos ou mesmo manifestações da autonomia da vontade

<sup>595</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

<sup>596</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Milano: UTET, 1986, p. 47.

<sup>597</sup> CORDERO, Franco. **Le situazioni soggettive nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 1956, p. 18.

<sup>598</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 73 e ss.

(noção que estaria na base do conceito de relação jurídica).

Ainda que a visão processual da relação jurídica tenha trazido certa inovação, já que trilateral, e não bilateral, o maior problema dessa concepção, segundo AROLDO GONÇALVES, é justamente a noção de direito subjetivo (base da relação jurídica), como algo que não pode ser, nem para o direito material, entendido como um poder sobre a conduta do outro.

No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de se sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que a 'relação' entre eles, juiz e parte, seria de 'subordinação'. Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.<sup>599</sup>

Explica o autor, ainda que no âmbito do processo civil, que há deveres que surgem para as partes não por uma manifestação de vontade de alguma delas, mas sim pela sua simples condição de parte no processo, como, por exemplo, o dever de responder no caso de litigância de má-fé. Além disso, tampouco tem o magistrado deveres que se originam da vontade das partes. Os deveres do juiz (assegurar às partes igualdade de tratamento, decidir nos limites da lide, prevenir atos atentatórios à justiça, etc.) decorrem diretamente da própria função jurisdicional.<sup>600</sup>

Há que se considerar, ainda, as várias críticas feitas a BÜLOW por GOLDSCHMIDT. Este autor insiste que não há relação jurídica entre os sujeitos processuais e que os deveres que surgem para o juiz e para as partes decorrem, em verdade, da própria função jurisdicional. E que embora tal teoria tenha se destacado sobremaneira, inclusive sendo aplicada ao processo penal, fato é que sequer se conhece ao certo qual seria o conteúdo dessa relação jurídica. Além disso, afirma que um conjunto de atos encaminhado a um mesmo fim (a sentença) não pode dar origem a uma relação jurídica se há vários "cooperadores", a não ser que haja o que chama de uma "autonomasia completa". Esclarece, em suma, que

<sup>599</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 98.

<sup>600</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 99-100.

a faculdade de *produzir* uma consequência jurídica não é característica de uma relação jurídica, mas apenas de um tipo legal. Ademais, o maior erro do conceito de relação jurídica consiste no fato de que é puramente abstrata, ou seja, que nela pouco se encontra do objeto do processo, seja ele de direito privado, seja o direito de punir.<sup>601</sup>

#### 4.3.2. Teoria da situação jurídica

A teoria de GOLDSCHMIDT padece também de certo caráter utópico, pois atribui, ao que parece, todo o resultado do processo ao cumprimento do ônus da prova pela parte. Isso não ocorre nem no processo civil, nem no processo penal. Em que pese a grande contribuição do autor alemão, fato é que o resultado do processo, ou seja, a sentença, depende exclusivamente do juiz, apesar do que houve durante o desenvolvimento do processo, como bem assevera ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, ao defender a sentença como um *bricolage* de significantes.<sup>602</sup>

FRANCO CORDERO admite que a teoria de GOLDSCHMIDT deu mesmo aos estudos sobre a natureza do processo uma direção inusitada. Apontou com propriedade as falhas da teoria de BÜLOW quanto aos pressupostos processuais e trouxe elementos sociológicos para o exame do processo. No mais, porém, utilizou-se de uma desconfortável mistura de argumentos e petições de princípio, com considerável viés crítico, para destruir a teoria da relação jurídica, mas, afinal, não revelada como propriamente uma investigação científica do processo. Suas categorias, por outro lado, encontrariam adequação na teoria do procedimento.<sup>603</sup>

GIOVANNI LEONE, na esteira de CORDERO, não admite a concepção do processo como situação jurídica, primeiro porque nega as relações que se instauram entre os sujeitos processuais, segundo porque nega a relação unitária entre tais sujeitos, principal momento do processo.<sup>604</sup> Entende que o conceito proposto de situação jurídica não é idôneo para substituir o antigo e útil conceito de relação jurídica, desde o ponto de vista científico e sistemático:

<sup>601</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 93-94. (destaques no original) (tradução livre)

<sup>602</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>603</sup> CORDERO, Franco. **Le situazioni soggettive nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 1956, p. 15; 26-27.

<sup>604</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 225.

uma categoria conceitual que se substancia na relação entre um sujeito e a descrição de uma conduta sob um certo aspecto constitui o objeto de uma consideração antiga e óbvia (ou seja, o juízo de conformidade ou de desconformidade com relação ao modelo de uma conduta) e, de qualquer forma, não consegue delinear, ao menos como está posto, uma peculiaridade capaz de lhe dar a função substancial a ponto de acertar a sistemática jurídica.<sup>605</sup>

HÉLIO TORNAGHI também tece críticas a GOLDSCHMIDT, como segue:

a meu ver, Goldschmidt encara o processo como ele *é, de facto*, por força da imperfeição humana e não como *deve ser, de iure*. Realmente o processo pode levar a uma solução aparentemente injusta do litígio se as partes não se valem devidamente de seus 'direitos processuais'. Mas isso apenas acontece nos de tipo dispositivo. Ora, se as partes não exercem tais 'direitos' é sinal que deles dispõem e abrem mão do direito substantivo que poderiam ver protegido, se quisessem. [...] No artigo que escreveu em memória de Goldschmidt, Calamandrei sustentou que a teoria do processo como situação jurídica se funda num princípio moral [...] o que em linguagem jurídica se traduz por *princípio da auto-responsabilidade das partes*. Não contesto a reta intenção de Goldschmidt, que não está em jogo, mas creio que sua afirmação não colhe quando a lei, por motivos de ordem pública, limita, ou até exclui, o poder dispositivo das partes e dá ao juiz função inquisitiva. Em particular, a concepção de Goldschmidt não corresponde ao processo penal. E não parece tenha ele sido feliz mesmo na apreciação da realidade. Que dentro do processo haja situações jurídicas é coisa que não se pode negar e muitos são os autores que, modernamente, as estudam. Mas que o processo seja apenas uma seqüência de situações jurídicas é o que se deve absolutamente repelir. Que laço invisível, que harmonia pré-estabelecida ligaria essas situações? Onde viria a unidade do processo, essa unidade, essa identidade firme, incontestável, que se sente mais do que se prova e que faz dele um todo com sentido próprio, diferente de cada um dos atos ou das situações processuais? Que são as situações em si mesmas? Que significam? Que valem? Nada! É verdade que Goldschmidt lhes aponta um ligame teleológico, assinando-lhes a todas uma direção, pondo-as em relação com a sentença favorável. Mas isto explica um laço externo entre cada uma e a sentença, não um vínculo entre elas.<sup>606</sup>

No entanto, apesar de precisas as observações de TORNAGHI, fato é que mesmo no processo civil, fundado no princípio dispositivo, a teoria de GOLDSCHMIDT padece dos mesmos problemas, porque inclusive lá (ao menos na sistemática brasileira) o juiz pode ter certa participação na produção probatória e, ainda, há muitos casos de parte hipossuficiente, incapaz de exercer adequadamente seus direitos processuais.

Para AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, a teoria da situação jurídica teve um

<sup>605</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 226. (tradução livre)

<sup>606</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 393-394. (destaques no original) O autor ainda continua as críticas nas páginas seguintes, com maiores detalhes.

papel muito importante: negar a teoria da relação jurídica, ou seja, demonstrar a impossibilidade de se dizer existentes vínculos imperativos entre os sujeitos processuais. De fato, o processo comporta situações jurídicas, mas elas não são capazes de definir o processo em si, “porque, como instrumento do exercício da jurisdição, ele é uma estrutura normativa que as comporta.”<sup>607</sup>

ROSEMIRO PEREIRA LEAL critica GOLDSCHMIDT de maneira mais incisiva. Reconhece que ele se liberta da visão privatística do processo, mas, por outro lado, entende GOLDSCHMIDT ser o processo o meio de realização da jurisdição, cujo provimento final apenas definiria a existência de um duelo entre as partes, como se fosse um jogo em que se busca uma vitória espetacular.

Ademais,

não precisava a sentença apontar os fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava uma ‘relação causal’ com o processo, não passando os ‘direitos processuais’ de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores. Deduz-se que, em Goldschmidt, o direito subjetivo, que ele tanto combateu, migrou, em sua teoria, para a atividade jurisdicional do juiz que, conforme doutrinou, poderia emitir sentença sem nexo jurídico de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo. [...] Por fim, para Goldschmidt, o processo era uma forma alegórica de canteiro judicial onde as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador.<sup>608</sup>

Outras duas ponderações podem ser feitas ainda sobre a teoria de GOLDSCHMIDT. A primeira delas se refere à afirmação do autor de que o descumprimento de uma expectativa processual, por parte do juiz, não gera antijuridicidade ou lesão de direito, e as conseqüências do ato equivocado só podem ser a declaração da nulidade ou a recorribilidade da decisão. Tal posição, quer parecer, pode entrar em conflito com a idéia do próprio autor quanto às obrigações do juiz, já que afirma, em certo momento, que o dever do juiz de administrar a justiça decorre da própria função jurisdicional e que as infrações a essas obrigações não geram conseqüências processuais, apenas, se for o caso, civis e/ou penais. Então, no final, duas dúvidas restam: (a) o juiz pratica ou não atos ilícitos? e (b) quais são as conseqüências desses atos?

A segunda se refere à noção de *pretensão processual*. Segundo as palavras

<sup>607</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 101.

<sup>608</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80-81.

do próprio GOLDSCHMIDT, a pretensão é afirmação do nascimento de um direito (para o Estado) de penalizar alguém, como visto acima. No entanto, parece claro que não só não existe um direito de penalizar por parte do Estado, e sim um poder, mas também que esse poder punitivo só pode ser exercido, de fato, sobre o condenado por sentença transitada em julgado. Assim, ligar a atuação estatal a uma provocação de um terceiro, informada por essa noção de pretensão, é bastante perigoso. Eis a importância da discussão da ação penal.

De todo modo, há vários pontos a serem considerados nos escritos de GOLDSCHMIDT. Como sua teoria foi formulada tendo em conta o processo civil, ainda que ele mesmo tenha reconhecido a possibilidade de aplicá-la ao processo penal, trabalha eminentemente com um processo dispositivo, em que as partes têm possibilidades quanto à disposição de seu conteúdo, o que, na atual estrutura do processo penal, mesmo em tempos de composição civil e transação penal, ainda não pode ser visto dessa forma. Em outras palavras, na atual estrutura ainda se trabalha com o monopólio da violência por parte do Estado e com a indisponibilidade do conteúdo do processo (caso penal) por parte do Ministério Público, por isso o grande problema causado pelos dois mencionados institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais.

Outra consequência inevitável da teoria é considerar que não só o processo é um processo de partes, mas que ambas têm efetivo poder de exercer seus papéis no processo. Como bem ressalta PIERO CALAMANDREI, GOLDSCHMIDT retomou a idéia de auto-responsabilidade das partes no processo, de maneira que o conteúdo da sentença não será senão o resultado da atividade desenvolvida pelas partes.<sup>609</sup> Mas não enfrenta GOLDSCHMIDT como ficaria essa atividade das partes dentro de um processo penal de feição inquisitória (como eram, de regra, os processos penais de origem continental, ainda que em maior ou menor grau) em que, de regra, há uma parte vulnerável, desprovida de *possibilidades*. Aliás, CALAMANDREI faz essa ressalva dizendo exatamente que a concepção liberal de processo de GOLDSCHMIDT perde muito de seu valor quando diante de um processo do tipo inquisitório.<sup>610</sup> Ademais, mesmo dentro de estruturas processuais do tipo acusatório o problema aparece, pois está ligado, afinal, à igualdade das

<sup>609</sup> CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951, p. 4-5.

<sup>610</sup> CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951, p. 6.

partes, e sabe-se bem o quanto de partes hipossuficientes existem.

É salutar, ainda, a proposta de GOLDSCHMIDT quanto à dinamicidade e incerteza do processo. De fato o processo é um ambiente inseguro, incerto, no sentido de que não se tem como saber como se desenvolverá e muito menos como terminará. Esta previsão é importante para preparar as partes para tal condição, liberando-as da confortável ilusão da segurança jurídica.

Como pondera CALAMANDREI, a princípio a teoria da situação jurídica poderia ser reduzida a uma espécie de maquiavelismo processual, onde o direito estaria desprovido de qualquer autoridade e qualquer certeza. Mas não se trata disso, trata-se apenas do preço a se pagar pela liberdade de todos (*malo periculosam libertatem*, como já havia dito GOLDSCHMIDT).<sup>611</sup>

Porém, essa insegurança existe, ao que parece, quanto à matéria de fundo, mas não deve existir quanto ao desenvolvimento regular do processo. Essa é a primordial tarefa do procedimento. O rito, previsto na lei, *deve ser seguido*, sob pena de nulidade absoluta do processo, já que, conforme afirma ANTÔNIO ACIR BREDÁ, o procedimento adequado é pressuposto processual de validade.<sup>612</sup> Por isso tem razão AURY LOPES JR., embora o faça corroborando o pensamento de GOLDSCHMIDT, ao afirmar que “a única segurança que se postula é a da estrita observância das regras do jogo”, em alusão à CALAMANDREI, “– a forma como garantia – e, mais, anterior a ela, no conteúdo axiológico da própria regra.”<sup>613</sup>

Parece claro que não há como garantir a justiça das decisões, mas é possível garantir um processo realizado de tal maneira que os riscos de decisões injustas sejam diminuídos. Por certo, um processo que se desenvolve adequadamente, observadas as garantias constitucionais, é mais um instrumento contra possíveis decisões injustas e, mais do que isso, é mais um instrumento de contenção dos efeitos desiguais produzidos pelo poder punitivo, tal como adverte MASSIMO PAVARINI.<sup>614</sup>

Com efeito, tem-se a forma como garantia no processo penal e, por isso, sua efetivação é tão cara para o Estado Democrático de Direito. Tem razão, novamente,

<sup>611</sup> CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951, p. 8.

<sup>612</sup> BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Paraná**. Curitiba: Ministério Público, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980.

<sup>613</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50.

<sup>614</sup> PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penaltà**: letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Martina, 2007, p. 40-42.



AURY LOPES JR. ao dizer que

trata-se de lutar por um **sistema de garantias mínimas**. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim **assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais** das quais não podemos abrir mão. (...) Trata-se, assim, de reduzir os espaços autoritários e diminuir o dano decorrente do exercício (abusivo ou não) do poder.<sup>615</sup>

No entanto, indo além do proposto por BÜLOW e GOLDSCHMIDT, não basta revelar essa dinamicidade do processo. Se a forma assume na atual conjuntura a importância que a ela quer se dar – de um sistema de garantias mínimas – evidentemente que, para ser efetiva, há que trazê-la para a natureza do processo. Não só definitivamente se deve reconhecer o processo penal como um processo verdadeiramente de partes que efetivamente atuam, mas também, e com o mesmo valor, deve-se deixar sedimentado que a forma, dada pela lei, é seguida, ou sequer se pode falar em processo.

Além disso, é preciso definitivamente livrar o processo penal das influências do direito privado e do direito processual civil, pensando-se em uma teoria jurídica capaz de servir de referencial para adequadas reflexões sobre o processo penal contemporâneo.

Neste passo, vem à baila a necessidade de uma nova teoria sobre a natureza do processo, politicamente orientada, contextualizada, já consciente das discussões anteriores, mas que proponha algo de mais democrático para a própria essência do processo, trazendo para dentro dele, necessariamente, a participação dialética de todos e a observância da lei. Como já disse CALAMANDREI, a única saída para a realização da justiça é a liberdade do contraditório.<sup>616</sup>

Ademais, tendo em conta os fins reais do processo penal atual, como consequência necessária dos fins reais da pena e do Direito Penal, conforme anteriormente trabalhado, vê-se necessária uma proposta de um processo penal capaz também de limitar o poder punitivo do Estado, capaz de efetivar garantias constitucionalmente previstas aos indivíduos.

Eis por que, então, surge o pensamento de ELIO FAZZALARI como a

<sup>615</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52-53. (destaques no original)

<sup>616</sup> CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951, p. 7.

proposta mais condizente com tais objetivos, fundada na legalidade, no contraditório e na ampla defesa e definitivamente livre das amarras do direito privado.

#### 4.4. A teoria de Elio Fazzalari

Para que seja possível um processo penal mais democrático, dentre tantas medidas necessárias, parece imprescindível adotar, de uma vez por todas, a teoria de ELIO FAZZALARI sobre a natureza do processo, para que seja possível, definitivamente, embutir na essência do processo a real participação dos sujeitos processuais. Não que isso não fosse possível com a prevalente teoria da relação jurídica, de BÜLOW, ou até mesmo com a teoria de GOLDSCHMIDT, da situação jurídica. Mas o certo é que nenhuma delas dá tanta ênfase ao contraditório e o faz elemento fundamental do processo, e nenhuma tem tão forte ligação com a visão publicística do processo, já que tem suas raízes no Direito Administrativo.

De fato, é de se estranhar que apareça um teórico reconhecido como do Direito Processual Civil e que tenha defendido, por muito tempo, uma Teoria Geral do Processo, da qual atualmente tanto se foge. Mas, apesar de tais “características desabonadoras” para fins de Direito Processual Penal, fato é que das teorias que buscaram definir o processo, a apresentada por FAZZALARI não só é a mais democrática, mas também interioriza o caráter público do processo, rejeitando, desde o início, a idéia do conflito de interesses, o que é fundamental para o processo penal, na concepção adotada neste trabalho, com base em JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO.<sup>617</sup>

Além disso, a adoção da teoria de FAZZALARI se dá delimitadamente para identificar a estrutura processual, e nada mais. Seus estudos são academicamente sérios (basta ver, por exemplo, a primeira parte de suas *Istituzioni di diritto processuale*) e é um autor preocupado com o desenvolvimento adequado do direito processual. Assim, aproveita-se o que de correto fez o teórico italiano, quando reforçou ser o processo uma estrutura necessária à contenção de abusos<sup>618</sup> (seja na

<sup>617</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>618</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. **Rivista Trimestrale di Diritto e**

esfera jurisdicional ou não, mas sempre em face do Estado) e, nessa medida, a importância de dar devido relevo ao contraditório, dentro de uma concepção publicística do processo. Não há motivos, quer parecer, para não adotar sua teoria, desde que levados em consideração os fundamentos adequados do sistema penal e processual penal, ou seja, não adotando a teoria geral do processo. Aliás, a teoria de FAZZALARI se coaduna perfeitamente com os objetivos de um processo como garantia do indivíduo, o que interessa sobremaneira à construção e afirmação de um sistema democrático em matéria criminal.

ELIO FAZZALARI, em 1957, em seu *Note in tema di Diritto e Processo*<sup>619</sup>, apresenta as primeiras linhas sobre o que seria uma nova teoria sobre o processo, com uma forte tendência publicística. Seus estudos tiveram por fundamento e base os escritos de um reconhecido administrativista italiano, FELICIANO BENVENUTI, que cinco anos antes (1952), havia publicado um texto sobre processo e procedimento no âmbito do Direito Administrativo<sup>620</sup>. Sua teoria (a de FAZZALARI) foi sendo desenhada ao longo de alguns anos, tendo culminado com o que apresentou na primeira edição de suas *Istituzioni di Diritto Processuale*, em 1975<sup>621</sup>. Antes, porém, publicou outros dois importantes artigos: um na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, em 1958, resultado de uma Prolusão ao Curso de Direito Processual Civil, que teve lugar na Universidade de Perugia, no mesmo ano, cujo título é *Diffusione del processo e compiti della dottrina*<sup>622</sup> e outro, publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, em 1965, sob o título *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*<sup>623</sup>.

No primeiro texto, *Note in tema di Diritto e Processo*, FAZZALARI procura fornecer mais elementos para consolidar a separação entre direito material e direito processual, sem desconsiderar, no entanto, a relação íntima entre eles. Ele evidentemente se preocupa com o fato de que, de tempos em tempos, pairava sobre

---

**Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 867: "Com'è stato rilevato, lo schema processuale costituisce ancor qui un rimedio, magari preventivo e quanto si voglia *extra ordinem*, contro eventuali abusi." "Como ressaltado, o esquema processual constitui mesmo aqui um remédio, quem dera preventivo ou até mesmo *extra ordinem*, contra eventuais abusos." (destaques no original) (tradução livre)

<sup>619</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, especialmente a partir da p. 110.

<sup>620</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, p. 118-145, gennaio/marzo 1952.

<sup>621</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1975.

<sup>622</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, p.861-880, 1958.

<sup>623</sup> FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XX, p. 10-30, 1965.

todos dúvidas sobre a autonomia do processo em relação ao direito material. Um dos seus objetivos nestes escritos é, assim, enterrar definitivamente eventuais questionamentos sobre a mencionada cisão, voltando às origens da separação (especialmente, à polêmica WINDSCHEIDT e MÜTHER) e solidificando as críticas necessárias. Superada esta questão de fundo, FAZZALARI pretende enfrentar outro ponto fundamental: “se e como o processo se conecta à norma substancial (privada) preexistente: em que sentido, sob qual forma e no concurso de quais circunstâncias esta norma constitui o pressuposto daquela atividade”<sup>624</sup> – trabalhando, por certo, com o Direito Processual Civil e o direito material privado.

De qualquer maneira, já ressalta que as relações entre direito e processo podem ser estudadas sob diversos pontos de vista, porém todos serão incompletos. O ideal é não esquecer que o processo é uma série complexa de atividades e estudar apenas um aspecto dele não permite, por óbvio, compreendê-lo efetivamente. Por isso, diz FAZZALARI,

as relações em exame devem ser analisadas ao longo de todo o processo, isto é, com referência a todos os atos (e posições subjetivas) da série procedimental, e que, previamente, precisa sublinhar o vínculo que une no processo as posições do autor, das outras partes, do magistrado: o que significa avaliar o processo em sua unidade e inteireza.<sup>625</sup>

Já na introdução deste seu importante trabalho, FAZZALARI acena, portanto, que é deveras importante compreender a relação que se estabelece entre os sujeitos do processo.

Após enfrentar profundamente os temas da ação, dos direitos subjetivos e outros temas importantes, FAZZALARI aborda, no último capítulo do livro, a relação entre direito (substancial) e processo. E afirma que

o direito substancial está presente naquele paradigma<sup>626</sup> e incide sobre ele como um componente da situação que legitima tanto os atos de parte, como aqueles do juiz; e que de tal coordenação (entre os atos do processo e o direito) é possível compreender diversos graus, passando da asserção do direito, a qual legitima os atos preparatórios das partes e do juiz no processo de cognição, para o acerto do direito, que legitima, no processo de cognição, a sentença de procedência e, no processo de execução, toda a série procedural.<sup>627</sup>

<sup>624</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 04. (tradução livre).

<sup>625</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 06. (tradução livre).

<sup>626</sup> Referindo-se ao processo.

<sup>627</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 109-110. (tradução livre).

Neste passo, ressalta a importância de se trabalhar o processo como um esquema unitário (um conjunto de posições subjetivas, em abstrato, e de uma série de atos, em concreto) e, neste momento, entende possível adotar uma concepção então recente do processo, a de FELICIANO BENVENUTI<sup>628</sup>.

O texto de BENVENUTI tem como título *Funzione amministrativa, procedimento, processo* (função administrativa, procedimento, processo) e foi a prolação ao Curso de Direito Administrativo da Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Pádua, que ocorreu em 3 de dezembro de 1951. Neste texto ele se propõe a discutir não só o conceito de função – e, por certo, o de função administrativa –, mas também esclarecer sobre as concepções de procedimento e processo, até mesmo para revelar se é possível falar de ambos na esfera administrativa.

O autor defende, em apertada síntese, que é possível falar em uma função administrativa<sup>629</sup>, distinta da função jurisdicional e da legislativa. Mas o conceito que tem de *função* é distinto do que até então a doutrina tinha por comum, levando em conta a finalidade dos atos praticados, o resultado da ação. Para ele, quando se fala em *função*, nestes casos (legislativa, jurisdicional, administrativa) se está a falar em manifestação do poder soberano que se concretiza em um ato. Desde um ponto de vista objetivo, considerando o seu objeto, a *função* é a transformação do poder em um ato concreto. Não se confunde, assim, nem com o poder (abstrato), nem com o ato (concretização do poder), mas é este fazer-se o poder ato. Desde o ponto de vista subjetivo, considerando agora o seu autor, no entanto, a *função* é o fazer o ato, é fazer a lei, é fazer a sentença (daí a idéia simples de função, como aquilo que faz o funcionário). E a *função*, esclarece, é elemento substancial do ato – e não formal – embora seja dele um elemento extrínseco e não intrínseco.<sup>630</sup>

A *função*, no plano formal, manifesta-se por meio de um elemento a ela autônomo, que é o *procedimento*.<sup>631</sup> O ato, resultado da manifestação do poder,

<sup>628</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, p. 118-145, gennaio/marzo 1952.

<sup>629</sup> O que, inclusive, já havia também defendido em um texto anterior, intitulado *Eccesso di potere per vizio della funzione*, publicado em 1950, na *Rassegna di diritto pubblico*. BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 121-122, nota de rodapé n. 7.

<sup>630</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 118-124.

<sup>631</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di**

para se concretizar necessita da formação, de cada um de seus elementos, e esse proceder à formação do ato não só depende de uma sucessão de operações, mas muitas vezes operações que são realizadas por órgãos ou indivíduos distintos daquele que vai emanar o ato. Mas isso ainda não basta para caracterizar o *procedimento*. É preciso agregar a isso, desde o ponto de vista objetivo, que o *procedimento* é manifestação formal da *função* (e não apenas a sucessão de atos); é a aparência, o fenômeno da *função*.<sup>632</sup> Ademais, é preciso considerar, desde o ponto de vista subjetivo, as relações que se estabelecem entre os sujeitos que participam da formação do ato, não bastando reconhecer que participam. Relações que levam em conta o *procedimento* em si, o seu objeto.

Neste ponto, então, o autor sustenta a existência de dois *procedimentos*: o *procedimento em sentido estrito* e o *processo*. O primeiro se caracteriza como uma série de atos praticados por um único sujeito (um único órgão, ou de vários órgãos de um mesmo sujeito), responsável pela elaboração do ato final, que age(m) numa única direção, observando um único interesse, que é justamente o interesse desse sujeito (atende-se ao próprio interesse).<sup>633</sup>

Distinto é o *processo*. Dele participam sujeitos diversos daquele que emana o ato final, que agem orientados não pelo interesse do autor do ato, mas pelos interesses dos destinatários do ato. Há processo, assim, quando vários sujeitos atuam, levando em conta o interesse do destinatário do ato, e os atos por eles praticados são a razão de ser, ao mesmo tempo em que são o limite, dos atos dos demais. Eis a essência do *processo*, para BENVENUTI:

essa construção do processo, como forma de explicação de uma função pública limitada, positiva ou negativamente, em sua própria explicação como atos

---

**Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 122, nota de rodapé n. 7 e p. 125.

<sup>632</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p.129: "...il procedimento è storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in un atto: intendendo precisare che, nel diritto, il procedimento è la forma sensibile della funzione e non puramente la sua forma come modo di essere." "...o procedimento é história marcada por toda a série de atos necessários ao resolver-se do poder em um ato: significando que, no direito, o procedimento é a forma sensível da função e não puramente a sua forma como modo de ser." (tradução livre)

<sup>633</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p.131-134. Na página 133: "A questo tipo di procedimento che estrinseca in forme sensibili una funzione alla cui esplicazione cooperano atti, per direzione, omogenei, io ritengo vada riservato il nome di procedimento in senso stretto." "A este tipo de procedimento que exterioriza em formas sensíveis uma função para cuja realização cooperam atos de direção homogênea, eu entendo que vá reservado o nome de procedimento em sentido estrito." (tradução livre)

realizados por e no interesse do destinatário do ato final, individualiza, evidentemente, o elemento essencial do instituto.<sup>634</sup>

Levando em conta todas essas noções de BENVENUTI, FAZZALARI entende o processo como “um esquema mais complexo do procedimento, na medida em que é constituído por várias séries de atos (e posições subjetivas), mutuamente implicadas entre elas e cada uma referindo-se a um sujeito (ao juiz, ao autor, ao réu, etc.).”<sup>635</sup> E explica por que:

a utilidade de tal distinção me parece evidente sob um dúplice reflexo. Antes de mais nada, ela sublinha o indefectível concurso de vários sujeitos, o qual deriva, no rito judiciário, da *par conditio* dos participantes e da constância do contraditório. Além disso, enquanto consente de esclarecer relativamente a cada um dos sujeitos do processo a série de atos a cada um imputada, oferece a possibilidade de considerar e avaliar, no seu complexo e sob um viés unitário, as posições processuais de cada partícipe.<sup>636</sup>

Ressalta que a maior complexidade do processo em relação ao procedimento já havia sido apontada por FRANCESCO CARNELUTTI, mas em outro sentido: como consequência de vários graus de jurisdição, visto cada um como um procedimento<sup>637</sup>. Também, neste sentido, já havia se manifestado GIOVANNI CONSO, retomando a diferença feita por alguns autores entre procedimento em sentido amplo e em sentido estrito, mas também diverso da concepção dos administrativistas, sobretudo de BENVENUTI.<sup>638</sup>

<sup>634</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 135. E na página 136: “Nel processo, infatti, gli stessi destinatari dell’atto hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell’atto che è determinativo di una loro posizione giuridica. E ciò spiega infine in modo evidentissimo come il processo sia la forma tipica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perché la sentenza di cui le parte sono le destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell’interesse dello Stato alla giustizia; onde soprattutto nell’esplicazione di quella funzione si è sentita la necessità che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero alla determinazione dell’atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza.” “No processo, com efeito, os mesmos destinatários do ato têm a possibilidade de participar da transformação do poder, ou seja, da concretização do poder naquele ato que é determinante de uma posição jurídica deles. E isso explica de modo muito evidente como o processo é a forma típica de realização da função jurisdicional. Porque a sentença, da qual as partes são destinatárias, é ato emanado antes de tudo em seus interesses, e apenas de maneira secundária no interesse do Estado pela justiça; razão pela qual na realização daquela função se sentiu a necessidade que os destinatários fossem também partícipes do processo e concorressem para a determinação do ato no momento, ou melhor, na série dos momentos, na qual o poder se concretiza.” (tradução livre)

<sup>635</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 110. (tradução livre).

<sup>636</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 110-111. (tradução livre).

<sup>637</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 110.

<sup>638</sup> CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia**. Milano: Giuffrè,

Para FAZZALARI, neste momento, importante era fazer entender que o direito de ação não está restrito a provocar o juízo, apresentando a demanda, mas sim deve ser definido levando em conta todas as demais posições subjetivas do autor. Assim:

a ação se apresenta como uma situação subjetiva composta, isto é, como o conjunto de poderes, das faculdades e dos deveres do autor no processo; conjunto individualizado e reduzido à unidade (com os mesmos critérios adotados para a função do magistrado, ou seja, do conjunto de seus deveres) do vínculo que coordena aqueles poderes, aquelas faculdades e aqueles deveres no procedimento, para ser cada um, direta ou indiretamente, consequência do outro e pressuposto de um outro ainda.<sup>639</sup>

E, na continuidade de suas argumentações, ainda falando sobre o direito de ação, vai enfrentar as teorias concretistas e abstrativistas. Neste momento do texto, então, expõe exatamente a influência que o direito substancial terá sobre o processo – eles estão sempre coordenados. Entende que “o direito subjetivo constitui o parâmetro dos poderes processuais do juiz e das partes.”<sup>640</sup>

Pondera que é preciso ter em conta exatamente o significado das expressões “abstrato” e “concreto”, para que se possa compreender, definitivamente, a abstração do direito de ação. Tais termos, no direito material, confundem-se com a noção de causalidade – abstrato: não há indicação da causa no caso concreto; concreto: há a referida indicação. FAZZALARI afirma que em termos de demanda judicial não se pode sempre ver configurado um negócio, ao qual se refere uma determinada causa. Neste passo, explica:

de fato, segundo opinião prevalecente (e, a meu ver, correta) a causa é o primeiros dos motivos da conduta negocial (ligados entre si pela relação de meio e fim), isto é, aquele mais próximo da ação: a qual resulta do paradigma normativo da conduta. Se assim é, não há dúvidas de que a demanda judicial não faz menção à causa, ou seja, o fim (*rectius*: motivo no sentido lógico) que ditou a conduta do agente, a volição na qual a demanda (se se admitir hipoteticamente sua natureza negocial) consistiria. Quem entende o contrário, entendendo que 'causa' (isto é, escopo) da demanda seja a sentença favorável, confunde 'causa' e 'objeto' da demanda: a sentença favorável, com efeito, constitui o *objeto* de demanda (isto é, o que o autor pede, quer); mas não a *causa* dela (não é o fim pelo qual o autor pede, quer a sentença). Por este caminho, em suma, e raciocinando em termos de negócio e causa do negócio, tudo o que se pode dizer da demanda é que ela, ainda quando fundada, faz a causa abstrata.<sup>641</sup>

---

1955, p. 137 e ss.

<sup>639</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 112. (tradução livre).

<sup>640</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 153. (tradução livre).

<sup>641</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 156. (tradução



Por isso, para FAZZALARI, não se pode vincular a abstração da ação à existência ou inexistência do direito pressuposto. O que se deve perceber, ao revés, é que há de fato uma coordenação, ligação, entre o direito material (pressuposto) e o direito de ação, mas isso se dá em termos de *asserção* e não em termos de direito pressuposto, tudo para que, já no início do processo, possam ser identificadas as diversas situações subjetivas e determinados os poderes das partes e do juiz<sup>642</sup>.

Vê-se, assim, que apesar de este não ter sido o objeto fundamental do texto, FAZZALARI, pela primeira vez, fala dessa concepção do processo como já queriam os administrativistas.

Na aula inaugural ao Curso de Direito Processual Civil de Perugia, em 1958 (intitulada *Diffusione del processo e compiti della dottrina*), FAZZALARI revelou sua preocupação com a então atual propagação dos processos (jurisdicionais ou não), justamente porque nem a doutrina, nem o legislador, haviam se ocupado das questões teóricas fundamentais, a exemplo do reconhecimento e delimitação de uma estrutura processual. A mais grave consequência desse desconhecimento seria, sem dúvidas, com relação às garantias processuais: ora, se não se sabia identificar um processo, certamente garantias processuais, muitas vezes, não seriam asseguradas.

Era preciso, então, definir o que era processo. E uma vez definido, a doutrina poderia, na seqüência, elaborar os princípios que deveriam reger o seu desenvolvimento, consideradas, num segundo momento, as características peculiares de cada processo.<sup>643</sup> Com o intuito de contribuir para tal, passa a apontar alguns elementos a serem considerados quanto ao tema.

Em primeiro lugar, ressalta a tendência em se difundir e em se dar importância, nos processos, ao fenômeno da participação dos interessados, que, nos termos do *due process of law* é traduzido no contraditório.<sup>644</sup> E anuncia que vai demonstrar em que medida isso implica a identificação do processo.

Fala, então, que o procedimento e o processo fazem parte de um gênero comum, que se “caracteriza por uma série de atos (e posições subjetivas), numa

---

livre).

<sup>642</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 157-161.

<sup>643</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 868.

<sup>644</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p.861-862 e 866.

seqüência ordenada, com vistas à constituição de uma *fattispecie*<sup>645</sup>. Adverte que no processo, no entanto, há participação de vários sujeitos e que os atos que o constituem são praticados por vários sujeitos. E que tal participação, eis o que caracteriza o processo e o difere do procedimento, se dá numa estrutura dialética, ou seja, em contraditório:

há processo, em resumo, quando no *iter* de formação de um ato exista contraditório, ou seja, quando seja permitido a vários interessados de participar da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o juiz deve tomar conhecimento, cujos resultados este pode até desatender, mas não pode ignorar.<sup>646</sup>

Critica outras teorias notáveis que propuseram a definição do processo ligada, necessariamente, a conflito de interesses, tal como fizera FRANCESCO CARNELUTTI, em 1939, em seu *Sistemas de Direito Processual Civil*, ao afirmar que seria “o processo a soma dos atos que se realizam para a composição da lide”, enquanto o procedimento seria “a ordem e a seqüência de tal realização”<sup>647</sup>. Defende, com efeito, que ainda quando ausente tal conflito, desde que haja um procedimento a se desenvolver em contraditório, há processo.

FAZZALARI admite, inclusive, que nem sempre o contraditório se articula através da equivalência exata de poderes entre os envolvidos, ou seja, casos há em que a própria lei acaba limitando quantitativa e/ou qualitativamente a atividade dos sujeitos. Mas isso, por si só, não descaracteriza o processo. Aliás, cita justamente como exemplo o processo inquisitório, em que as partes têm atividade limitada, condicionada pela atividade do juiz, mas nem por isso reconhece a inexistência de contraditório e, de conseqüência, do processo.<sup>648</sup>

Propõe, definitivamente, um outro conceito de processo, desvinculado do conflito de interesses entre sujeitos e que serve como uma fórmula geral para todo o ordenamento jurídico, ou seja, permite identificar a existência dos mais diversos tipos de processo (jurisdicional, administrativo, etc.). Explica que, de fato, o conflito de interesses pode ser a razão de um processo se desenvolver, mas não tem

<sup>645</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p.869. (tradução livre)

<sup>646</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 869-870. (tradução livre)

<sup>647</sup> Francesco Carnelutti citado por FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 871. (tradução livre)

<sup>648</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 871.

sentido algum falar de tal conflito se não estiver presente o contraditório.<sup>649</sup>

O esquema processual assim proposto, segundo FAZZALARI, em que há a paritária e dialética participação de vários sujeitos, é a forma sob a qual atua, no plano técnico-jurídico, o jogo da democracia.<sup>650</sup>

No texto de 1965, *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, FAZZALARI dedica seus esforços para tratar da importância da experiência para a Ciência do Direito e, de consequência, para o processo. Ressalta, em certo ponto, o quanto o processo está ainda ligado a muitos mitos, que o impedem de evoluir, por exemplo, como o da ação ser o direito apenas de pôr em movimento o juízo, como a insistência na idéia de pretensão ligada à ação, como – e é o que por ora mais interessa – o processo como relação jurídica. Ao falar especificamente deste último ponto, FAZZALARI mais uma vez diz que tal teoria é imprestável porque desconsidera as várias e dinâmicas realidades do processo<sup>651</sup>. E volta a afirmar que

há processo, quando no *iter* de formação de um ato há contraditório, ou seja, é consentido aos destinatários dos efeitos do ato de participar da fase de reconhecimento de seus pressupostos, em recíproca e simétrica paridade, desenvolver atividade que deve ser levada em conta pelo autor do ato, cujos resultados ele pode até desconsiderar, mas não apagar.<sup>652</sup>

Finalmente, quando da publicação de suas *Istituzioni di Diritto Processuale*, em 1975, FAZZALARI desenvolve um outro aspecto de sua teoria, debruçando-se sobre o procedimento.

Reafirma sua concepção já esboçada nos textos anteriores, aqui trabalhados, de que o processo é uma espécie do gênero procedimento, que se caracteriza especialmente pela existência do contraditório. No entanto, entende necessário, neste momento, dedicar mais atenção aos elementos caracterizadores do processo, a começar pelo procedimento.

Uma noção fundamental é de que o procedimento é determinado pela lei. E esta não se preocupa apenas com a disciplina de um ato, mas de todos os atos constantes do procedimento, seus efeitos e as relações de precedência. Por isso,

<sup>649</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 872.

<sup>650</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 875.

<sup>651</sup> FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XX, 1965, p. 27.

<sup>652</sup> FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XX, 1965, p. 27. (tradução livre).

afirma que

a estrutura 'procedimento' é, assim, constituída de uma seqüência de atos (atos preparatórios e ato final), cada um dos quais é ligado ao outro, de modo a ser consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue. Nisto está o *quid* do procedimento: na sucessão de atos, no ritmo temporal pelo qual cada ato da série segue um outro, segundo a ordem estabelecida pela lei.<sup>653</sup>

E continua:

além disso, e sempre em abstrato, o procedimento é uma série de faculdades, poderes, deveres: tantas quantas forem as 'posições subjetivas' que se pode deduzir das normas em questão; e que resultam também, e necessariamente, ligadas de modo que, por exemplo, um poder está para um sujeito quando um dever tenha sido exercitado, por ele ou por outro, e por sua vez, o exercício daquele poder constitui o pressuposto para a manifestação de uma outra faculdade (ou poder, ou dever)<sup>654</sup>.

Assim, os direitos e as obrigações surgem da própria estrutura procedimental que funda o processo e não de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais. Neste ponto, é até possível uma aproximação com JAMES GOLDSCHMIDT. De fato, da necessidade do procedimento e da presença do contraditório nasce o direito de ciência e de participação dos sujeitos processuais, que deve ser assegurado pelo juiz, bem como a necessidade de obediência à lei.

Outra noção fundamental em FAZZALARI é a de contraditório. É preciso compreender que não basta, para a existência do processo, que haja a participação, nos atos, de vários sujeitos além do juiz (autor do ato final). É preciso que essa participação se dê de forma dialética, através do contraditório. E esta estrutura consiste no fato de que a participação dos destinatários dos efeitos do ato final já se dá na fase preparatória deste, agindo os sujeitos em paridade, permitindo que façam escolhas, tenham reações, efetuem controles uns sobre os outros e que de tudo isso tenha devida ciência o magistrado, que deve levar tudo isso em conta<sup>655</sup>. E participam desse contraditório, segundo FAZZALARI, aqueles que são (serão) os destinatários dos efeitos do ato, no sentido de que serão beneficiados ou prejudicados pela decisão final. Por isso, e também porque não age em paridade com as partes, o juiz não pode ser sujeito do contraditório. É apenas o autor do ato

<sup>653</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1975, p. 24-25. (tradução livre).

<sup>654</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1975, p. 27-28. (tradução livre).

<sup>655</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1975, p. 29.

final, que deve, em suma, velar pelo regular desenvolvimento do processo<sup>656</sup>.

Diante de todo o exposto, é possível perceber, claramente, que durante anos (de 1958 a 1975, o que foi mantido até hoje) FAZZALARI o que fez foi propor um novo desenho do processo, um desenho mais democrático, mais preocupado com os seres humanos que eventualmente a ele se submetem. Toda a digressão teórica por ele realizada tem, quer parecer, a finalidade de tornar o processo mais vivo, mais dinâmico, e mais democrático, dando valor a cada sujeito participante da estrutura processual. Não só isso; quis garantir, ainda, a igualdade de armas entre esses participantes, com a intenção de enterrar a sempre tão presente supremacia da Administração Pública sobre seus administrados.

É certo, porém, conforme adverte FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS, que a adoção da teoria de FAZZALARI demanda, em um segundo momento, o reexame dos institutos processuais de maneira geral, não sendo possível simplesmente transpor as categorias do tempo da relação jurídica processual para o procedimento desenvolvido em contraditório. De qualquer sorte, é, sem dúvida, aquela que está definitivamente ligada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como ao modelo constitucional de processo, especialmente o processo penal.<sup>657</sup>

---

<sup>656</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1975, p. 31-32.

<sup>657</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus – Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, a. 2, 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/>. Acesso em 19.07.2010, p. 28.

## CAPÍTULO V – PROCESSO E PROCEDIMENTO

### 5.1. Legalidade e processo penal

O Direito Processual teve sua autonomia reconhecida e consolidada apenas no século XIX, especialmente como resultado da polêmica Windscheidt *versus* Muther, nos anos de 1856 e 1857 e após a obra de BÜLOW, *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, de 1868. Nasceu, então, o Direito Processual, como asseverou PIETRO NUVOLONE, em conferência dada na Universidade da Guanabara em 1964, em uma época de exaltação da legalidade, fundada nos ideais iluministas.<sup>658</sup>

Nesta época, as exigências apresentadas à ciência processual consistiam em três pontos básicos: a) o juiz é independente e está sujeito apenas à lei; b) o oferecimento da ação penal é obrigatório quando presentes os pressupostos legais; c) todos têm direito ao seu juiz natural.<sup>659</sup> Com o tempo, algumas modificações foram feitas, por exemplo, para se admitir uma certa discricionariedade do juiz em relação à lei, bem como a adoção do livre convencimento em oposição à prova tarifária, ambos, porém, condicionados à motivação da decisão, que pode ser controlada pelo tribunal superior.<sup>660</sup> Quanto à ação, alguns países passaram a adotar o princípio da oportunidade, em contraposição à obrigatoriedade. Quanto ao juiz natural, ele segue sendo aquele a ser determinado por lei.<sup>661</sup>

Assim, diante desses fundamentos básicos, percebe-se que a legalidade sempre foi fundamental ao direito processual e “pode ser definida como um limite-garantia que deve ser observado para alcançar os fins do processo.”<sup>662</sup> Como bem

<sup>658</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 978.

<sup>659</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 978.

<sup>660</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 979-982.

<sup>661</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 982-984.

<sup>662</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo

ressalta GIUSEPPE CHIOVENDA, a forma é, com efeito, necessária para garantir a ordem e evitar confusões e incertezas.<sup>663</sup> E se manifesta no mesmo sentido PIERO CALAMANDREI, ao afirmar que

por isso o Estado sentiu necessidade de fixar com um sistema de regras obrigatórias (o *corpus* do qual é justamente o direito processual) as fases e os expedientes da técnica judiciária. Não pôde permitir que os modos para fazer justiça, que comprometem a autoridade do Estado, fossem deixados à improvisação e à multiforme fantasia individual, e quis assegurar com esta tradução do regulamento em uniformes normas legais que o método através do qual se cumpre a mais augusta das missões do Estado, que é aquela da justiça, corresponda em qualquer caso à razão: uma razão de Estado, reduzida a operações obrigatórias e iguais para todos.<sup>664</sup>

É a legalidade processual, assim, o caminho para um ambiente mais civilizado e de preservação do ser humano. Ademais, em sendo um dos escopos do processo a realização da justiça, esta pode ser entendida até mesmo desde o ponto de vista meramente processual, significando a igualdade de tratamento e paridade de condições dos sujeitos processuais.<sup>665</sup> E, devido a tal concepção, muitos problemas podem surgir quando se atribui ao processo penal a função de defesa social, já que esta demanda, necessariamente, maior discricionariedade judicial, tendo em vista a prevenção especial da pena, ou seja, maior amplitude das possíveis medidas a serem tomadas pelo juiz, em razão da periculosidade do imputado.<sup>666</sup>

É disso exatamente que fala MASSIMO NOBILI. Constata que, uma vez sendo o processo, já há algum tempo (conforme denunciaram ALESSANDRO BARATTA, FRANCO BRICOLA, FRANCO CORDERO, DELFINO SIRACUSANO, ENNIO AMODIO, dentre outros) instrumento de controle social, que significa, muitas vezes, a própria pena aplicada ao acusado, é hora de ver novamente na lei os

---

moderno. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 984. (tradução livre)

<sup>663</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 663 e também nos **Saggi di diritto processuale civile**. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 355: “Sì: le forme sono necessarie: anche una società, nella quale le parti litiganti fossero animate dal medesimo spirito di verità e di giustizia che deve animare il giudice, non potrebbe farne a meno.” “Sim: as formas são necessárias: inclusive uma sociedade, na qual as partes litigantes fossem animadas pelo mesmo espírito de verdade e de justiça que deve animar o juiz, não poderia desprezá-las.” (tradução livre)

<sup>664</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 24. (tradução livre)

<sup>665</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 984.

<sup>666</sup> NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale – esigenze fondamentali del processo moderno. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. VII, n. 4, ottobre-dicembre 1964, p. 985-989.

limites ao poder do Estado (magistratura e Ministério Público) e resgatar uma cultura da legalidade e das garantias junto à opinião pública, atualmente influenciadas pela idéia de que tanto a primeira quanto a segunda trazem, em verdade, o risco do mal.<sup>667</sup>

No processo penal, especialmente se adotada a teoria de ELIO FAZZALARI, a legalidade representa, de fato, um ponto central dentro da estrutura processual, já que em sua essência está o procedimento, que é – e deve mesmo ser – eminentemente legal.

HANS SCHIMA<sup>668</sup>, ao falar dos procedimentos processuais, faz exatamente uma ressalva quanto ao procedimento em matéria penal. Afirmar ser impensável nesta seara que o legislador torne discricionária a atividade do juiz, justamente por conta do bem em jogo, qual seja, a liberdade humana. Esta está sempre em risco quando o processo não se desenvolve segundo formas pré-estabelecidas e ordenadas. Se fosse aceita a proposta de aceitar a discricionariedade do magistrado, seria menos possível se prever o curso do processo e faltariam as garantias necessárias, dentre outros efeitos negativos.

No mesmo sentido se manifesta ENRICO PESSINA:

a série dos atos que formam o procedimento deve ser, o mais possível, subtraída do arbítrio do homem, eis porque se demanda uma norma que preordene as *jurisdições* e os *ritos*. E por isso esta norma deve firmar: 1. a potestade chamada a julgar [...]; 2. as operações judiciais, que devem ser realizadas segundo uma forma constante que proteja os direitos da sociedade e aqueles do indivíduo [...].<sup>669</sup>

De fato. E tem-se visto muito isso atualmente, especialmente com as alternativas simplificadoras do processo, que serão tratadas mais adiante, ou mesmo já há muito tempo nos sistemas inglês e norte-americano. Também tem sido a realidade vivenciada nas Cortes Internacionais. Em vários momentos, quando da atuação do TPII (Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia), por exemplo, falou-se no poder do juiz de flexibilizar o rito, sob o argumento da necessidade de ajustá-lo à realidade do fato delituoso para que se pudesse alcançar uma solução

<sup>667</sup> NOBILI, Massimo. Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola). **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 648-660, luglio-settembre 1995.

<sup>668</sup> SCHIMA, Hans. Compiti i limiti di una teoria generale dei procedimenti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. VII, v. II, 1953, p. 761.

<sup>669</sup> PESSINA, Enrico. **Manuale del diritto penale italiano: norme del procedimento**. Napoli: Casa Editrice Napoletana, 1916, p. 3. (destaques no original) (tradução livre)



adequada ao caso concreto. A então Presidente do TPII, juíza Gabrielle Kirk McDonald defendeu exatamente a necessidade de se poder trabalhar com procedimentos flexíveis, quer quanto ao procedimento em si, quer quanto à admissão de provas.<sup>670</sup>

SYLVIA HELENA F. STEINER, falando sobre esse tema, inclusive da necessidade de um novo modelo de magistratura para o TPI, explica:

para os operadores do direito de países com sistema assentado no *civil Law*, esse perfil de magistrado que opera com regras procedimentais flexíveis, e com poderes discricionários que permitem a iniciativa inclusive de alteração dessas regras, sugere preocupações com a compatibilidade em assegurar-se o perfil garantista desse Tribunal. Com efeito, em alguns casos concretos, como o que mencionamos anteriormente, os Tribunais *ad hoc* têm por vezes demonstrado uma preferência inescindível pelo atendimento dos reclamos punitivos das vítimas, em detrimento de algumas das garantias asseguradas aos acusados pelos próprios estatutos das cortes. Em outras ocasiões, os magistrados restringiram o número de testemunhas cuja oitiva fora requerida pela acusação, bem como admitiram depoimentos juramentados por escrito ao invés da oitiva das testemunhas em audiência. **Tais características são excepcionalíssimas, aliadas ao fato de que não apenas as regras de procedimento, mas os próprios elementos dos crimes, fogem da descrição rígida preconizada pelo sistema da *civil law*. O Tribunal Penal Internacional deve ser visto como uma corte original, destinada a julgar crimes que não se amoldam ao perfil tipológico dos crimes previstos nas legislações internas dos Estados. Se nos preocupa, por um lado, a excessiva discricionariedade conferida aos magistrados quanto a sua sujeição às regras de procedimento, decididas e votadas pela Assembléia dos Estados-partes, tem-se como certo que é inviável a persecução penal se um sistema rígido e inflexível impedir a conjugação dos interesses do acusado e das vítimas. Afinal, o objetivo da Corte é assegurar que o julgamento seja justo e rápido, e conduzido com respeito aos direitos do acusado e tendo em conta a proteção das vítimas e testemunhas.**<sup>671</sup>

Não é de se admirar, com todo respeito, que tal postura tenha se mostrado no âmbito dos Tribunais Internacionais. Na verdade, uma visão crítica do trabalho dessas Cortes deixa claro que não é mesmo uma preocupação deles assegurar os direitos dos acusados ou um processo devido. São, pelo contrário, a maior e mais preocupante demonstração de um Direito Penal e Processual Penal simbólicos.<sup>672</sup>

<sup>670</sup> STEINER, Sylvia Helena F. O perfil do juiz do Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.) **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 302. A autora lembra, ainda, a possibilidade, prevista no Estatuto de Roma, de que os juízes, em casos urgentes, por maioria de 2/3, podem estabelecer regras provisórias para os processos, que serão aplicadas até a aprovação pela Assembléia dos Estados-partes. “Vê-se claramente o poder dos juízes da Corte Internacional de criar, ou adaptar as próprias regras do processo que têm sob sua condução, um poder desconhecido de nosso sistema jurídico pátrio.” (p. 302)

<sup>671</sup> STEINER, Sylvia Helena F. O perfil do juiz do Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.) **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303. (destaques não constam no original)

<sup>672</sup> Para uma leitura crítica do papel desempenhado pelas Cortes Internacionais Criminais, ver: DISSENHA, Rui Carlo. Algumas anotações críticas sobre o caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga*

A garantia em torno das formas está principalmente no elemento da previsão, do conhecimento prévio da ordem de acontecimento dos fatos. É claro que também depende do cumprimento dessa ordem, mas antes a segurança está em saber o que pode acontecer. Deixar nas mãos do juiz a tarefa discricionária de decidir a ordem dos atos, o rito em si, é arriscado demais, sobretudo porque se tem hoje a exata noção sobre a inexistência de neutralidade e ainda da imparcialidade apenas como uma *meta optata*, difícil de ser praticada pelo magistrado.

Por outro lado, não se desconhece o caráter retórico que pode assumir o princípio da legalidade, tal como sustentam ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA<sup>673</sup> e BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>674</sup>, bem como se conhece as questões e problemas da interpretação<sup>675</sup>. Tampouco se pretende um retorno ao procedimentalismo, à forma pela forma, com enfoque apenas nos atos processuais, “com uma consideração asséptica e tenocrática do processo penal.”<sup>676</sup> Mas, ainda sim, é a forma uma garantia do cidadão em face do Estado.

Tal como afirma NOBILI, acima, assim como também afirmam PAVARINI e ZAFFARONI, como visto, quanto ao Direito Penal, é preciso pensar em mecanismos que, se não eliminam, pelo menos limitam a atuação do poder punitivo estatal. É, então, nesse sentido que a forma, prevista na lei, pode constituir um sistema de garantias mínimas do indivíduo, como entende também AURY LOPES JR.:

é partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada.<sup>677</sup>

De fato, consoante entende ALBERTO M. BINDER, é mesmo a forma o instrumento necessário para assegurar os direitos dos cidadãos em face do poder

---

*Dyilo. Raízes Jurídicas*. Curitiba, v. 6, n. 2, agosto-dezembro de 2010. No prelo.

<sup>673</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

<sup>674</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1988, p. 30-33.

<sup>675</sup> Ver, por exemplo, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.

<sup>676</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 73. (tradução livre)

<sup>677</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52-53.

punitivo do Estado<sup>678</sup> e, neste passo, devem as formas processuais ser pensadas a partir de três funções: a) como sistema de garantias que protege o imputado dos abusos do poder penal; b) como princípio da institucionalização do conflito, regulando o direito à vítima a uma tutela jurisdicional efetiva, institucionalizada; c) como regulamentação da atividade do Ministério Público, de modo a objetivamente defender os interesses a seu cargo (princípio da objetividade).<sup>679</sup>

Ademais, como admite CORDERO, as leis podem ter um papel importante na transformação da sociedade, já que podem assumir “uma função propulsiva, enquanto voltadas a suscitar novas orientações culturais.”<sup>680</sup>

Alerta, no entanto, GIUSEPPE CHIOVENDA, que o estudo das formas é um estudo deveras complicado, muito mais do que o estudo do direito material, porque durante muito tempo se entendeu necessária a forma, mas o porquê dessa necessidade não foi objeto de investigações científicas:

o estudo das formas processuais deve ter por objeto precípua o exame das origens de cada uma delas, das razões que determinaram seu surgimento e dos diversos fatores de sua transformação; e os confrontos dos resultados de tais investigações com as condições de tempo no qual vivem ou sobrevivem, para deduzir delas os critérios de inovação e de interpretação. O estudo das formas deve ser especialmente histórico e isto traz a sua particular dificuldade. Embora a história nos dê luz suficiente sobre os sistemas de direito substancial, o mesmo não ocorre quanto aos sistemas processuais. Assim é que as normas de direito substancial têm, em si, de regra, um significado em si mesmas, e as formais, pelo contrário, de regra só as entendem aqueles que vivem em meio a elas.<sup>681</sup>

Em outras palavras, o que parece dizer CHIOVENDA é que é preciso compreender o motivo do estabelecimento das regras processuais, tal como é necessário compreender o contexto também das regras de direito material. Aquelas, assim como estas, dependem do contexto em que surgem e são aplicadas. Não há como se falar de forma de maneira asséptica, neutra. Também as formas se submetem a opções políticas, sociais, econômicas, enfim, de quem as elabora. Não fosse assim, razão não haveria para se reformar Códigos de Processo, por exemplo.

<sup>678</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 42.

<sup>679</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

<sup>680</sup> CORDERO, Franco. La riforma dell'istruzione penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 3, luglio-settembre 1963, p. 725. (tradução livre)

<sup>681</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Volume Primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 358. (tradução livre)

Há, assim, um teste de legitimidade das formas.

Mas o que é importante é fazer compreender que, embora durante muito tempo tenha se visto a forma simplesmente por sua exterioridade, ou seja, a ela se tenha dado valor simplesmente pelo fascínio que os homens tinham – e têm – pela formalidade, pela pompa, cerimônia e circunstância dos ritos, dos protocolos, já não é sem tempo de *resgatar o conteúdo da forma*. É passada a hora de compreender, de fato, a forma como instrumento de garantia dos indivíduos em face do Estado e até mesmo como garantia dos próprios agentes estatais, que não podem fazer senão o que a lei determina. Está na hora de compreender e valorizar o que está além da externalidade dos ritos e ainda, adotar os ensinamentos de GIUSEPPE CHIOVENDA sobre a adequação da forma a uma determinada cultura. Por razões históricas, políticas, sociais, culturais, econômicas, é compreensível que os ritos a serem seguidos nos processos brasileiros sejam a essa comunidade devidamente adaptados.

No Brasil, inclusive, é fácil perceber o quanto a ciência processual deixou de lado o estudo devido das formas, ao menos quanto ao processo penal. Basta ver que um dos temas correlatos, o dos vícios das formas, de fundamental importância, não foi tratado de maneira adequada pelo legislador de 40, sendo o título das nulidades (arts. 563 e ss., CPP) um dos mais problemáticos do Código vigente, conforme reconhece até mesmo a doutrina mais tradicional<sup>682</sup>. Isso exigiu dos tribunais pátrios um trabalho no sentido de adequar o tratamento dos vícios processuais, o que fez com que tudo ficasse pior, já que são diversos os entendimentos, os quais, de regra, não têm qualquer fundamentação teórica. O maior exemplo que se tem é o questionável conceito de *prejuízo* e sua aplicação às chamadas nulidades relativas (as quais, para serem reconhecidas e declaradas, devem ter causado prejuízo à parte, devidamente comprovado nos autos). Não se sabe o que é prejuízo, não se sabe sequer se existe, no processo penal, a diferença entre nulidades absolutas e relativas. Depende da postura que se adota diante do ordenamento jurídico<sup>683</sup>. Se se partir da noção constitucional de processo e se

<sup>682</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 31.

<sup>683</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 381-411; p. 385: “Elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa aquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude

considerar que o descumprimento das formas é vício que ofende o devido processo legal, por exemplo, então há sempre nulidade absoluta, que dispensa a prova de prejuízo, já que este é presumido. As regras e princípios que estão relacionados com o processo penal são sempre de ordem pública e seu descumprimento, em última análise, viola sempre a Constituição, pois o processo deixa de ser devido e é ilegal e inconstitucional.

Entra em cena, então, o conhecido princípio da instrumentalidade das formas, de suma importância, mormente quando se trata do tema dos vícios do processo. Este princípio dá o contorno necessário ao princípio anterior, qual seja, o da legalidade. Atua como corretivo da legalidade, em verdade (na mesma idéia de ZAFFARONI ao falar que a antinormatividade atua como corretivo do tipo legal<sup>684</sup>). A forma há de ser entendida como meio de assegurar os direitos dos envolvidos no processo penal, ou seja, não existe por si mesma, senão pela finalidade que pode atingir<sup>685</sup>, que é justamente a de efetivar as garantias processuais. Melhor ainda como propõe AURY LOPES JR., há que se pensar o sistema das invalidades processuais sempre desde os valores constitucionalmente assegurados, mais especificamente a partir de cinco princípios que, segundo ele, “fundam a instrumentalidade constitucional do processo penal: 1. Jurisdicionalidade; 2. Garantia do sistema acusatório; 3. Presunção de inocência; 4. Contraditório e ampla defesa; 5. Motivação das decisões judiciais.”<sup>686</sup>

Essa nova visão das formas, forma como garantia e não forma como mera burocracia, porém, também depende de uma mudança cultural, porque inclusive em terras brasileiras, como visto, é condicionada tradicionalmente pela cultura inquisitória. Cabe mencionar, por oportuno, o pensamento de MICHEL FOUCAULT, quem acertadamente chamou atenção para o fato de que as condições político-econômicas, por meio também das práticas judiciais, impõem modelos de verdade que constituem os sujeitos de conhecimento<sup>687</sup>. O Brasil também está cheio de

---

**processual a serviço do punitivismo.”** (destaques no original)

<sup>684</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. v. III. Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 236.

<sup>685</sup> Sobre o sistema da instrumentalidade das formas, ver, por exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 30-31.

<sup>686</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 396.

<sup>687</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 27.

sujeitos inquisitórios/inquisidores. Mais uma vez, ALBERTO M. BINDER:

a prática de defesa das formas pelas formas (o ritualismo, a nulidade pela própria nulidade) não foi somente o resultado da rotina ou da insensibilidade. Foi muito mais que isso, foi uma defesa do sujeito constituída por elas e sua cultura. Por isso é tão trabalhoso conseguir que se abandone o ritualismo que reaparece permanentemente na jurisprudência com novo ânimo. Faz-se imperioso pôr em evidência esta função cultural das formas para poder chegar ao ponto de reconhecer nessas formas outras funções de tanta força e valor, para opor-se a esta função cultural vinculada à preservação da própria burocracia judicial. Se não está claro o que as formas processuais devem proteger, então elas protegerão a rotina, os ritos e os ritmos da burocracia judicial. A força do trâmite ou do 'expediente', seu caráter central e até excludente na vida cotidiana dos tribunais, as mil maneiras de exercer poder por meio do trâmite, a sobrevivência centenária das formas extintas, a defesa que se faz delas e outras tantas manifestações deste formalismo não se podem explicar senão por uma profunda relação entre essa prática formalista e a cultura judicial: ambas configuram simultaneamente aos sujeitos do sistema judicial de um modo muito profundo. O formalismo – e seu reflexo na jurisprudência de nulidades – não é um elemento menor da prática judicial: *daí as dificuldades para extirpá-lo* e para pensar alternativamente para o funcionamento dos sistemas judiciais afora o expediente e suas rotinas.<sup>688</sup>

Eis, então, a síntese do que se quer: uma legalidade útil à garantia do cidadão.

Dentro de todas essas possibilidades e diante do necessário investimento na legalidade processual, uma revalorização do procedimento em matéria processual é pertinente, vez que expressão quiçá máxima dessa legalidade e da função que pode exercer de garantia. Assim,

faz-se hora, portanto, de repensar com cuidado o tema, de modo a se voltar à democracia: a legalidade segue sendo uma garantia do cidadão e não pode ser banalizada de forma alguma e muito menos por aqueles que, por ela, querem suprimir outros direitos e garantias constitucionais.<sup>689</sup>

Assim, especialmente em matéria de procedimento, a legalidade se faz necessária, não só para estabelecer uma ligação entre os atos e os sujeitos processuais, com vistas ao fim do processo penal, mas também para preservar a liberdade dos homens, podendo-se falar num verdadeiro *procedimento de direito*,

<sup>688</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29-30.

<sup>689</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Legalidade e reformas parciais do CPP: a excrescência da relativização das regras e princípios constitucionais. In: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 512.

como quer FRANCESCO CARNELUTTI.<sup>690</sup>

## 5.2. Noções de processo e procedimento<sup>691</sup>

Necessário se faz, neste momento, uma breve menção às noções de processo e procedimento, especialmente em matéria criminal. De regra, e aqui permanece um resquício da teoria geral do processo, os autores conceituam processo e procedimento de forma tal a poderem tais definições ser utilizadas em qualquer tipo de processo (civil, penal, administrativo, etc.). Mesmo dentre os processualistas penais, dificilmente se encontra um conceito próprio de processo penal e procedimento no processo penal.

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES<sup>692</sup> explica que ao longo da história da ciência processual surgiram, em síntese, duas grandes tendências teóricas sobre a distinção entre processo e procedimento, fundadas em distintas concepções sobre o tema: a tendência fundada em um critério teleológico e a tendência fundada em um

---

<sup>690</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 58-59: “Il procedimento è dunque un camino che si svolge non solo di passo in passo, ma altresì, in certi punti, per più strade, le quali a un tratto si dipartono una dall'altra e poi si ricongiungono; e chi procede non è un uomo solo ma più uomini insieme. Da ciò la necessità di un collegamento tra atto e atto e tra uomo e uomo così che tutti convergano verso la meta comune. Ciò potrebbe avvenire spontaneamente per effetto della libertà di ciascuno di coloro che collaborano al procedimento; ma è altrettanto chiaro che la legge non se ne può fidare [...] Da ciò la necessità che i collegamenti siano stabiliti dalla legge e perciò il procedimento sia regolato dal diritto, con che il diritto adempie puntualmente al suo ufficio, che è appunto quello di legare gli uomini per salvare la loro libertà. Il processo ha, dunque, bisogno del diritto come il diritto ha bisogno del processo e spunta e si diparti dagli altri i ramo del diritto processuale; e il procedimento assume una struttura giuridica, onde si può parlare, alla stessa guisa che dello Stato di diritto, di un *procedimento di diritto*.” (destaques no original) “O procedimento é, então, um caminho que se desenvolve não apenas de passo em passo, mas também, até certo ponto, por várias estradas, as quais se separam uma das outras e depois se reencontram; e quem caminha não é um homem apenas, mas muitos homens juntos. Daí a necessidade de uma ligação entre ato e ato e entre homem e homem, de maneira que tudo convirja para a meta comum. Isso pode acontecer espontaneamente como efeito da liberdade de cada um que participa do procedimento; mas é por outro lado claro que a lei não pode confiar nisso [...] Disso resulta a necessidade que as ligações sejam estabelecidas pela lei e por isso o procedimento seja regulado pelo direito, com o que o direito cumpre pontualmente o seu ofício, que é justamente aquele de ligar os homens para salvar as suas liberdades. O processo tem, então, necessidade do direito como o direito tem necessidade do processo e se destaca e se diferencia dos outros o ramo do direito processual; e o procedimento assume uma estrutura jurídica, de onde se se pode falar, no mesmo sentido do Estado de Direito, de um procedimento de direito.” (tradução livre)

<sup>691</sup> Ressalte-se que o presente trabalho investiga o procedimento que compõe o processo jurisdicional, não se negando, com isso, que existam procedimentos administrativos (inclusive no que se refere às formas de investigação preliminar no processo penal) e legislativos.

<sup>692</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 62-69.

critério lógico.

Para os defensores do critério teleológico, em um primeiro momento, a distinção entre o processo e o procedimento está no fato de que o primeiro possui finalidades e o segundo não. O procedimento é, assim, puramente formal, uma técnica de ordenação dos atos processuais. A maior crítica a esse entendimento se deu no sentido de que não há como considerar o procedimento desprovido de finalidade, já que a técnica é intrínseca ao processo – então, em última análise, a ordenação dos atos também tem a mesma finalidade do processo.

Em um segundo momento, mas ainda sob o critério teleológico, como reação às posições tradicionais, houve por bem a doutrina não dar qualquer relevância ao procedimento. “O processo absorveu-o e anulou a sua importância.”<sup>693</sup> No entanto, segundo GONÇALVES, apesar de estigmatizar o procedimento, a verdade é que essa doutrina não conseguiu se livrar da concepção anterior, justamente por se utilizar do já conhecido o aplicado entendimento da natureza relacional do processo.

É a essa concepção fundada em um critério teleológico que se filiou a maior parte da doutrina, mesmo do Direito Processual Penal, como se pode verificar pelas definições que seguem.

GIOVANNI LEONE esclarece inclusive que a expressão *procedimento penal* é de regra utilizada na doutrina e na lei como sinônimo de *processo penal*. Mas adverte que a doutrina, ao tratar de processo e procedimento, apresenta, em síntese, duas opostas posições: ou considera o procedimento como uma entidade mais ampla, sendo o processo uma entidade mais especializada e, neste sentido, o processo seria um tipo de procedimento, “um procedimento jurisdicional”, ou, ao contrário, o processo seria o gênero e o procedimento uma espécie, de modo que o procedimento seria a própria especificação do processo penal.<sup>694</sup>

Em que pese o referido autor ter optado, quando escreveu para o Novissimo Digesto Italiano, em 1957, pela coincidência entre os dois significantes<sup>695</sup>, já quando da redação de seu *Tratatto di Diritto Processuale Penale*, em 1961, reconheceu serem distintos o processo e o procedimento penal, e definiu o processo penal como

<sup>693</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 66.

<sup>694</sup> LEONE, Giovanni. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1161.

<sup>695</sup> LEONE, Giovanni. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1161.



o complexo dos atos direcionados à decisão jurisdicional sobre uma *notitia criminis* ou mesmo sobre a subsistência das condições necessárias para alguns provimentos com vistas à repressão de um crime ou à modificação de relações jurídico-penais pré-existentes.<sup>696</sup>

FRANCESCO CARNELUTTI, também pensando no processo penal, procura conceituá-lo como “um complexo dos atos necessários para conseguir o resultado (no caso, obter a punição) considerados em sua simultaneidade, ou seja, fora do tempo (dir-se-ia, em uma fotografia, que os compreende todos juntos)”.<sup>697</sup>

No Brasil, HELIO TORNAGHI, e no mesmo sentido FREDERICO MARQUES<sup>698</sup>, adverte para as diversas acepções de processo, mesmo em termos jurídicos. No entanto, considera possível uma definição externa e outra interna do processo: desde o aspecto exterior, está ligado à noção de procedimento e, assim, representa uma seqüência de atos ligados entre si; desde o aspecto interno, refere-se à sua natureza e, em sua opinião, é uma relação jurídica. E, quanto ao primeiro aspecto, define o processo penal como procedimento, sendo

uma seqüência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou propõe (regras técnicas e normas puramente ordenatórias) para a averiguação do fato e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade.<sup>699</sup>

GIUSEPPE SABATINI também faz alusão à tendência que se observou durante muito tempo de se igualar processo e procedimento, que foi antecédida inclusive pela noção de que não havia sequer um e outro.<sup>700</sup> Mas sua análise é mais profunda e não só trabalha com a noção de ser o processo um conjunto de atividades coligadas e sucessivas (que ele chama de materialidade do processo),

<sup>696</sup> LEONE, Giovanni. **Tratatto di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 11. (tradução livre)

<sup>697</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 56. (tradução livre)

<sup>698</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 384: “O procedimento é o conteúdo formal do processo, do mesmo modo que a lide é o seu conteúdo material ou substancial. O processo é a atividade jurisdicional na sua função de aplicar a lei; o procedimento, o *modus faciendi* com que essa atividade se realiza e se desenvolve. Mas o processo não é só procedimento, como nota Liebman, mas também relação jurídica. [...], pode-se dizer que o processo é a forma intrínseca da atividade jurisdicional, porque o processo torna uma realidade essa função estatal [...]. Já o procedimento é a forma extrínseca, porque nêle se estereotipa o *modus procedendi* com que a jurisdição se exerce.”

<sup>699</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 308.

<sup>700</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 3.

mas também com a idéia de que o processo é processo justamente porque através de tais atividades realiza a transformação, ou seja, a passagem do abstrato para o concreto.<sup>701</sup> É, portanto, o processo um fenômeno complexo, cujo objetivo é a realização da justiça mediante aplicação concreta do direito objetivo, observada determinada série de atividades coordenadas.<sup>702</sup> Há uma série de atos, uma série de fases, que se realizam tendo em conta um objetivo final único; daí ser possível afirmar que não obstante cada fase, cada ato, tenha o seu objetivo particular, no fundo todos atendem a um único e final objetivo, qual seja, a aplicação do direito ao caso concreto, o que faz nascer a unidade do processo.<sup>703</sup> “Cada processo implica movimento; este produz a transformação, que se opera progressivamente, através de sucessivas reações e combinações de elementos.”<sup>704</sup>

Embora seja adepto à teoria do processo como relação jurídica<sup>705</sup>, fato é que SABATINI dá muito valor ao procedimento, trazendo-o para a essência do processo e não o vendo como seu simples aspecto externo. Ele compreende que a seqüência em que os atos do processo se realizam é fundamental para o seu resultado e, dessa forma, é possível ver em sua teoria a compreensão de que o rito constitui a decisão final, forma a decisão final. O rito, então, aparece como parte fundamental do processo, embora com ele não se confunda. Ao contrário do que afirma TORNAGHI, é também o rito algo da natureza do processo.

É certo, então, que procedimento não pode ser confundido com processo, embora, como dito, é comum ainda que o seja na doutrina e na legislação, com processo. Adverte FRANCO CORDERO que diversas acepções podem ser dadas à palavra *rito* (tido como sinônimo de procedimento). Aliás, é uma palavra muito usada

<sup>701</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 9.

<sup>702</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953, p. 16-17; **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 8.

<sup>703</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 9-11. Compactua desse entendimento também GIOVANNI CONSO, em sua obra **I fatti giuridici processuali penali**. Milano: Giuffrè, 1955, p. 135: “...riteniamo meritevole di accoglimento la tesi che ravvisa in ogni procedimento non una pluralità di atti e un único effetto, ma una serie di atti e una serie di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo.” “... entendemos passível de acolhimento a tese que reconhece em cada procedimento não uma pluralidade de atos e um único efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente ligados a um efeito conclusivo.” (tradução livre)

<sup>704</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953, p. 16; **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 9-10. (tradução livre)

<sup>705</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 12-16.

no âmbito jurídico. Todavia, seu aspecto mais visível é aquele que remete a um “desenvolvimento conforme prescrito quanto à forma, sequência, tempo”<sup>706</sup>.

Para SABATINI, com quem concorda LEONE<sup>707</sup>, já aceitando a distinção, o procedimento “é a forma dinâmica de um determinado dispositivo de ligação e pode-se definir como a série instrumentalmente coordenada à vinculação jurídica.”<sup>708</sup>. Possui, assim, uma concepção formal-funcional do procedimento: formal porque diz com o modo de exteriorização dos atos processuais e funcional porque reconhece que os atos são coordenados tendo em conta as diversas funções que exercem nas distintas fases do processo.<sup>709</sup>

Necessário, ainda, esclarecer, que ao se falar de rito no processo penal, fala-se não apenas do procedimento a ser observado na sequência da prática dos atos processuais, senão que se reconhece também que cada ato, dentro de si mesmo, possui seu procedimento<sup>710</sup>. É isso que leva CORDERO a afirmar, por exemplo, que cada processo implica um ou mais procedimentos<sup>711</sup>. Mas a pesquisa se refere, sobremaneira, ao primeiro aspecto, qual seja, a sequência de atos a ser observada no processo penal.

Assim, é o procedimento que, em última análise, como parte integrante do processo, organiza a atividade do Estado no exercício da jurisdição, delimitando quais os atos a serem praticados, em que ordem devem ser praticados, como devem ser praticados, por quem devem ser praticados, como esclarece ENRICO PESSINA,

o procedimento penal, endereçado ao accertamento da verdade sobre o crime e o réu diante da sociedade humana, abraça dois aspectos sob os quais quer ser estudado: aquele do *órgão* chamado a tal accertamento, e aquele das *funções* que este órgão deve cumprir. O problema do *órgão* constitui a pesquisa das condições de atitude que deve ter o juiz em matéria penal. O problema das *funções* é aquele dos atos que devem ser cumpridos, e que constituem os momentos essenciais do juízo penal.<sup>712</sup>

<sup>706</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 7. (tradução livre)

<sup>707</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961, p. 13.

<sup>708</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953, p. 11. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 8. (tradução livre).

<sup>709</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953, p. 14-16. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 16.

<sup>710</sup> Tal como reconhece, por exemplo, SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953, p. 15.

<sup>711</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 368. (tradução livre)

<sup>712</sup> PESSINA, Enrico. **Manuale del diritto penale italiano: norme del procedimento**. Napoli: Casa

É fundamental, ademais, perceber que a previsão formal, na lei, do procedimento faz nascer vínculos necessários entre todos os atos praticados dentro do processo. Sobre isso já falava expressamente GIUSEPPE SABATINI<sup>713</sup>, para quem a ligação das atividades processuais se dá na medida em que as atividades de um sujeito processual configuram-se como causa das atividades dos demais sujeitos processuais, sendo as referidas atividades, assim, fontes de causalidade.<sup>714</sup> Isso também é tratado por FELICIANO BENVENUTI, afirmando que “o procedimento é a história causal do ato”<sup>715</sup>. E, se assim é, evidentemente que eventual vício de um desses atos provocará também vício daqueles que o sucederem – eis, então, um ponto importante normalmente tratado pela teoria das nulidades no processo, tal como faz ANTONIO ACIR BREDÁ.<sup>716</sup>

Ademais, oportuna a síntese feita por CARMINE PUNZI:

o procedimento representa por isso uma entidade essencialmente unitária, seja no sentido que cada ato que o compõe é posto em uma sucessão rigorosa, de modo que cada um constitui consequência do precedente e pressuposto e condição necessária do sucessivo, seja no sentido de que todos esses atos, ainda que distintos, tanto que é possível reconhecer várias fases de um mesmo procedimento, são todos ordenados para alcançar um único resultado. E ainda que esse resultado pareça produzido apenas pelo último ato da série o fenômeno é em verdade diverso. De fato, todos os atos que constituem a série que se desenvolve são organizados de modo tal que o resultado final não é alcançado ou não é legítimo, se não forem perfeitos cada um deles, que serve justamente de pressuposto para o sucessivo.<sup>717</sup>

Voltando a AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, além das concepções teleológicas da distinção entre processo e procedimento, tratadas, ainda que por vezes com diferenças interessantes, pelos autores acima indicados, há uma segunda forma teórica de se ver essa distinção, agora através de um critério lógico,

---

Editrice Napoletana, 1916, p. 3. (tradução livre)

<sup>713</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 15.

<sup>714</sup> “Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato seqüente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o **provimento final** (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do **procedimento**.” LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94. (destaques no original)

<sup>715</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 126. (tradução livre)

<sup>716</sup> BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Ministério Público do Paraná**. Curitiba: Ministério Público, a. 9, n. 9, p. 171-189, 1980.

<sup>717</sup> PUNZI, Carmine. **L'interruzione del processo**. Milano: Giuffrè, 1963, p. 34-35. (tradução livre)

não mais teleológico. “Pelo critério lógico”, explica o autor, “as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina”<sup>718</sup>. Parece agora, então, ser o momento de se voltar à concepção de ELIO FAZZALARI, grande responsável por essa visão lógica da distinção.

A proposta de FAZZALARI é a de que o processo seria uma espécie de procedimento, caracterizada pela presença do contraditório, como visto. Parece não negar ser o processo um conjunto de atos, até porque se contém procedimento isso é mesmo inafastável. De qualquer sorte, esse processo, como um procedimento desenvolvido com participação dos interessados, destina-se a um fim específico, qual seja, a prolação de uma decisão pelo juiz. Mas insiste que essa decisão, para ser legítima, deve ser resultado da atuação das partes dialeticamente, na ordem estabelecida pela lei.

FAZZALARI, trabalhando com um novo conceito de procedimento e de processo, com base precipuamente nos ensinamentos de FELICIANO BENVENUTI, tornou possível a compreensão de que entre procedimento e processo, antes que distinção, há mesmo entre eles uma relação de inclusão, uma vez que o processo é uma espécie do procedimento e dele se distingue por uma propriedade particular que é o contraditório<sup>719</sup>. Um – o procedimento – é parte essencial do outro – o processo.

No mesmo sentido, ROSEMIRO PEREIRA LEAL<sup>720</sup> afirma que é só efetivamente com FAZZALARI que passa a ser possível uma verdadeira distinção entre processo e procedimento. Foi só FAZZALARI que estabeleceu de fato o traço distintivo entre os dois, não se limitando a pensar num conceito amplo de um e outro, entendendo ser o processo uma espécie do procedimento, desenvolvido com a participação dialética das partes destinatárias do provimento final. Assim, “o processo define-se por sua **qualidade-regente** do procedimento. Quando o procedimento não se faz em contraditório, tem-se somente **procedimento, não**

---

<sup>718</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68.

<sup>719</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68.

<sup>720</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92-94.

processo.”<sup>721</sup>

Nem todos os procedimentos, ressalte-se, precisam do contraditório (como os legislativos, por exemplo), mas ele – o contraditório – estará presente sempre que houver possibilidade de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais (vida, liberdade, dignidade, etc.).<sup>722</sup> Exatamente nesse sentido já falava FELICIANO BENVENUTI, até mesmo para a função administrativa, não apenas para a jurisdicional<sup>723</sup>.

É evidentemente uma opção política em prol da democracia, de um processo adequado aos valores constitucionais<sup>724</sup>, como reconhece LUIZ GUILHERME MARINONI, ao falar da teoria de FAZZALARI:

a verdade, porém, é a de que estas teorias jamais se livraram do peso da noção de procedimento e, portanto, se de sua reabilitação podemos falar, devemos esclarecer que tal reabilitação se dá a partir do plano político. O conceito de procedimento com participação em contraditório está umbilicalmente ligado à necessidade de legitimação do poder pela participação (logicamente a participação efetiva e adequada), legitima o exercício do poder. Ademais, dizendo-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório, permite-se que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do ‘instrumento da jurisdição’.<sup>725</sup>

Inegável, então, a adesão à importância da legalidade (procedimento), do contraditório, e a uma concepção mais democrática – e não asséptica – do processo, de valor, portanto, inestimável. O procedimento molda e torna possível a atuação dialética das partes, fiscalizada pelo juiz e o processo é isso, os dois juntos, ou seja, não basta o contraditório sem rito e nem rito sem contraditório. Para ser um

<sup>721</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93. (destaques no original)

<sup>722</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

<sup>723</sup> BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p.145.

<sup>724</sup> O **procedimento**, distinguindo-se do processo, pela ausência da **qualidade** constitucional principiológica do contraditório, é que deve merecer estudo especial para defini-lo, **não** mais como a ritualística manifestação perceptível do processo, **mas** como uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configura pela seqüência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental. De conseguinte, o **procedimento** é manifestação estrutural resultante do **complexo normativo** da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo **princípio da reserva legal** que, na CR/88, está inscrito no art. 5º, II. [...] Por óbvio, o **procedimento** não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas pelas condicionantes-lógicas dos princípios e institutos do **processo** constitucionalizado.” LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94. (destaques no original)

<sup>725</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais ao direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 156-157.

processo essencialmente democrático, há que ser constituído por ambos.

Continuando sob os ensinamentos do referido Professor paranaense, é preciso compreender, de uma vez por todas, “que o procedimento, em abstrato – como lei ou módulo legal – ou no plano dinâmico – como seqüência de atos –, tem evidente compromisso com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos.”<sup>726</sup> E, neste passo, o processo e o procedimento não só servem ao exercício da jurisdição pelo Estado de modo a proteger os direitos fundamentais do homem, mas também é legítimo, porque permite o exercício do poder jurisdicional de maneira mais democrática, ou seja, assegurando o contraditório especialmente àqueles que sentirão os efeitos da atuação do Estado-juiz.<sup>727</sup>

Aliás, a própria legitimidade da atuação da jurisdição está, atualmente, na possibilidade de efetiva participação das partes, que não pode ser impedida nem mesmo por motivos econômicos ou sociais. E essa participação, na visão de MARINONI, dá-se através de três elementos: do contraditório, da publicidade dos atos processuais e da fundamentação das decisões pelo magistrado. Quanto ao contraditório, especificamente, este compreende não só a ciência dos atos processuais (e ciência real e não ficta), mas também a atribuição de prazos razoáveis para a manifestação das partes, sob pena da ciência ser inefetiva.<sup>728</sup>

Indo além, para o processo penal, é condição de possibilidade dessa participação, parece claro, o exercício adequado da ampla defesa, seja na modalidade da defesa técnica, seja na modalidade da autodefesa. Definitivamente, se não se reconhece a defesa no processo penal, não há que se falar em participação, em contraditório, como já mencionado.

### **5.3. As tendências contemporâneas do procedimento: as alternativas simplificadoras**

<sup>726</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401.

<sup>727</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 404.

<sup>728</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 408-409; 412-413.

Atualmente se percebe um movimento de parte da doutrina (parte considerável) no sentido de defender a simplificação dos procedimentos penais em nome da eficiência da justiça penal. Eficiência essa de origem bastante conhecida e que, assim como influencia a legislação penal, deita-se também sobre a legislação processual penal.

Eficiência, como bem diz JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>729</sup>, que não se confunde, em absoluto, com efetividade, apesar da proximidade dos significantes. Eficiência esta ligada ao discurso neoliberal economicista da globalização, fundado, sobretudo, nas idéias de HAYEK e FRIEDMAN, e que não pode ser ignorada, nem mesmo no âmbito jurídico, vez que também aqui surtiu – e tem feito surtir – efeitos devastadores. Enquanto a efetividade demanda uma análise dos fins, a eficiência requer uma análise dos meios, deixando de lado o construtivismo para adotar-se a ordem natural do mercado. Prima-se, então, diante da imprevisão dos resultados das ações humanas, por ações eficientes, capazes de projetar os melhores fins. Neste quadro, o Direito, protetor do abandonado *homo faber*, passa a ser um empecilho ao bom funcionamento do mercado e, por isso, aparece a idéia de flexibilizá-lo. E isso é sentido, inclusive, no âmbito específico das reformas processuais penais.

Como adverte SALO DE CARVALHO, as reformas contemporâneas são informadas por um paradigma neocriminalizador, que concentra, por incrível que possa parecer, não só os ideários da direita punitiva, mas também da esquerda punitiva que, no direito penal, levam a um “recrudescimento penalógico e à maximização de tipos e, em matéria processual penal, à flexibilização dos procedimentos e minimização das garantias.”<sup>730</sup> E o mais perverso, segundo o autor, é que se defende a eficiência (base retórica) como algo compatível com o projeto garantista e com o sistema acusatório.<sup>731</sup>

Assim, eficiência significa, dentre outras coisas, nesse contexto, rapidez dos

<sup>729</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 143-145.

<sup>730</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 40.

<sup>731</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 41.



processos penais, mas não necessariamente justiça (esta é secundária). Aliás, como bem lembram ERNESTO D'ANGELO e FRANCESCO BERTOROTTA,

para trazer um exemplo extremo e provocador do conceito, ninguém poderá negar que os modelos e as estruturas processuais adotadas historicamente nos regimes totalitários fossem dotadas de 'eficiência'; ao contrário, de uma perspectiva meramente utilitarística – em termos de resultados obtidos com relação aos escopos pré-fixados – aqueles sistemas eram eficientíssimos ao mesmo tempo que injustos.<sup>732</sup>

Como assevera MARIA LÚCIA KARAM, os procedimentos abreviados significam renúncia do acusado ao seu direito de exercitar de forma ampla as garantias advindas do devido processo legal, direito esse vinculado à essência do Estado Democrático de Direito. Além disso, significa, em última análise, um retorno à prevalência da confissão (ela volta a ser a rainha das provas, mesmo na estrutura brasileira atual, em que aceitar o acordo não significa assunção de culpa, mas somente não se resiste ao poder de punir do Estado), inclusive com a permissão da eticamente questionável delação premiada.<sup>733</sup> Para a autora, assim como também para D'ANGELO e BERTOROTTA<sup>734</sup>, em suma, os ritos abreviados nada mais revelam do que um retorno ao processo penal inquisitório:

aquela enganosa 'negociação' entre quem tem 'a faca e o queijo na mão' e quem substancialmente teme uma 'chantagem', a persuasão para que o réu renuncie a seu direito de exercitar plenamente as garantias advindas do devido processo legal e aceite receber uma pena 'vendida' como mais vantajosa ou mais indulgente, para que, assim, mais facilmente se satisfaça a pretensão do Estado de fazer valer seu poder de punir, parecem seguir orientação extraída do *Malleus Maleficarum*.<sup>735</sup>

<sup>732</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 239. (tradução livre)

<sup>733</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.42-48. "Um processo penal que elege a busca da verdade como seu supremo objetivo decerto faz lembrar das bruxas e hereges, que deviam se submeter às torturas da Inquisição para revelar a verdade, por meio da confissão. O toque pós-moderno, mais 'civilizado', apenas substitui a tortura – deixada para a repressão paralela, informal, desenvolvida à margem do ordenamento jurídico-penal, mas, certamente, realizada à sua imagem e semelhança – por formas mais 'científicas' e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de fazer com que, por meio do próprio indivíduo, se revele a verdade sobre suas ações tornadas criminosas." (p. 46)

<sup>734</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 239.

<sup>735</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47. E continua: "Veja-se um dos capítulos dedicado à matéria processual daquele verdadeiro Manual da Inquisição. Ali se dizia que assim deveria agir o juiz, caso, após submetida à tortura, a apontada bruxa ainda insistisse em se manter em silêncio: 'Em

Essa simplificação com vistas à eficiência tem causado a inserção das possibilidades de ritos abreviados que permitem, em síntese, ou evitar a instauração dos processos penais (o *plea bargain*, nos Estados Unidos da América; o *patteggiamento* na Itália, a *conformidade do acusado* na Espanha, dentre outras) ou a sua finalização precoce, com a supressão ou concentração dos atos a serem realizados em juízo (o procedimento diretíssimo na Itália, o procedimento sumário de Portugal, o procedimento de *comparution immédiate*, na França, dentre outros).<sup>736</sup>

ALBERTO M. BINDER<sup>737</sup> identifica, especialmente no âmbito latino-americano, quatro modelos básicos de simplificação do processo penal: (i) simplificação que é informada pelo sentimento de vingança, tornando os processos cada vez mais autoritários (em contraposição a todo esforço já feito para afastar o poder penal da idéia de vingança); (ii) simplificação informada unicamente pela idéia de modernização tecnológica, que traz consigo uma nova forma de procedimentalismo, novamente com uma visão asséptica e tecnocrática do processo penal, preocupada apenas com a gestão administrativa da justiça penal; (iii) simplificação informada pela idéia de reparação, com o aumento da participação da vítima – privatização da justiça penal; (iv) simplificação com um enfoque multidimensional, para aumentar a utilidade do processo penal, reconhecendo-se a pluralidade de interesses e de funções em jogo (consideração da vítima, observação de formas mínimas, fortalecimento das garantias processuais dos cidadãos, afastamento do sentimento de vingança e investimento no sentimento de

---

primeiro lugar, que permita que seja bem tratada em termos de alimentação e de bebida. Enquanto isso, que também permita a pessoas honestas – que não se acham sob suspeita – aproximarem-se dela e com ela conversar sobre assuntos indiferentes, para que ao fim a aconselhem, em confiança, a confessar a verdade, assegurando-lhe que o Juiz será misericordioso e que intercederá em seu favor. E que por fim venha o Juiz e lhe prometa ser misericordioso, mas com reserva espiritual, o que significa que será misericordioso para consigo ou para com o Estado; pois o que quer que seja feito para a segurança do Estado é misericordioso. Mas se prometer-lhe a vida, conforme demonstramos na Questão XIV, o que poderá fazer de três formas, que tudo seja anotado pelo Notário nas devidas palavras e com que intenção a misericórdia foi prometida. E se a acusada suplicar por misericórdia nesses termos, e revelar o crime, que lhe seja prometido em termos vagos e gerais que receberá ainda mais do que solicitou, para que possa falar com maior confiança.” (p. 47-48)

<sup>736</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59: “A simplificação dos procedimentos é efetuada por alguns mecanismos básicos: a) os que conduzem ao encerramento antecipado do processo; b) os que levam à supressão de fases dos procedimentos ordinários; e c) os que representam uma reorganização do procedimento ordinário.” Para maiores detalhes, ver p. 192 e ss. da referida obra.

<sup>737</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 70-78.

pacificação).<sup>738</sup>

Essa tendência simplificadora tem origem no sistema do *common law*, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América, e tem por fundamento básico o argumento de que nem todos os casos precisam ser levados a juízo (no caso deles, o júri), passando por todas as etapas do procedimento que aqui se chama de normal ou ordinário (só para esclarecer que é o procedimento-padrão previsto para ambos os países, com todos os direitos do acusado assegurados). Com essa postura, hoje já se sabe que com os ritos abreviados, na Inglaterra, apenas cerca de 1% dos casos são levados a júri<sup>739</sup>, tendo causado, de fato, na prática, uma redução drástica dos processos completos.

Tal forma de entendimento, de ser necessária a deflação dos processos penais, contaminou também os países do sistema continental, europeus ou não, e atualmente se vê, em grande parte dos países, a adoção de procedimentos mais velozes.

De uma maneira geral, os argumentos dos defensores dos ritos simplificados, como são chamados, são de que os processos normais são muito demorados, burocráticos, que geram impunidade e prescrição, e que esses ritos, porque ligados, de regra, à questão da pena acordada, são mais afetos ao sistema acusatório de processo penal, fundado na possibilidade de consenso entre as partes ou mesmo na possibilidade de disposição, por parte do acusado, de seu direito de ser processado. Reconhecem, no entanto, que nos ritos simplificados as garantias do acusado são deveras diminuídas, mas vêem isso com bons olhos, em nome de uma maior eficiência da justiça criminal.<sup>740</sup>

Segundo ANTONIO SCARANCE FERNANDES,

vários motivos são apresentados para justificar a simplificação e, principalmente, a simplificação por acordo: evita-se o seguimento de todas as fases do procedimento ordinário, o que resulta na solução de maior número de causas e no descongestionamento da justiça criminal; quando a decisão advém de acordo, é ínfimo o número de apelações; é possível utilizar o processo criminal para obter,

<sup>738</sup> Acredita o autor que este último modelo é o mais adequado e que se realizado de maneira responsável é capaz de refletir uma “política criminal verdadeiramente democrática e profundamente humanista”. BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 78. (tradução livre)

<sup>739</sup> TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 470.

<sup>740</sup> É o que se vê, por exemplo, do texto de Paolo Tonini: TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: SIRACUSANO, Delfino *et alii* (org.) **Le nuove disposizioni sul processo penale**. Padova: Cedam, 1989, p. 99-124.

mediante acordo, a reparação do dano causado à vítima; permite-se maior dedicação das autoridades e maior efetivação das garantias nos casos complexos e de maior relevância social.<sup>741</sup>

Aliás, o mesmo autor<sup>742</sup> admite expressamente que essas alternativas simplificadoras do processo penal não são possíveis se não atenuado o que chama de pleno garantismo. Há de se abrir mão da atuação plena de todas as garantias processuais, que devem ser reservadas, juntamente com o procedimento padrão, apenas aos casos mais graves:

afirma-se, em suma, que a exigência do pleno garantismo em relação a todos os processos e causas é um ideal que deve ser repensado, para que a justiça criminal possa atuar com eficiência e para que seja possível percorrer todas as fases essenciais de um procedimento-modelo nos processos mais graves e complexos.<sup>743</sup>

PAOLO TONINI chega a afirmar que o que se simplifica, tendo por base o modelo inglês, é só o procedimento, ou seja, diz, a formalidade, e não a atuação em contraditório ou a decisão do juiz, quando só então seria ofendida a estrutura garantista do processo.<sup>744</sup> Dessa sua posição fica evidente, todavia, não só que definitivamente não considera a importância do procedimento justamente para garantir o contraditório, bem como que desconsidera a própria estrutura do processo, pois não percebe que não há como separar as coisas. Um exemplo que ele dá é de um rito simplificado pela ausência do direito do imputado que um juiz imparcial analise a necessidade de enviar o caso para a instrução (*debattimento*), só não explica como isso não afeta o contraditório ou mesmo a decisão do juiz.

Curioso é o elemento do discurso que fala sobre a burocracia e demora dos processos penais. Basta um pouco de conhecimento da realidade – e da lei – para saber que a demora não se deve, em absoluto, ao rito em si. De uma maneira geral, os prazos para realização dos atos processuais não são longos. Pelo contrário. O problema da demora, então, está em outro lugar. Mas querem resolvê-lo diminuindo o tempo do processo através da simplificação do rito. Em outras palavras, quer-se

<sup>741</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

<sup>742</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 184-185.

<sup>743</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

<sup>744</sup> TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvoletone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 471-473.

corrigir o problema alterando não propriamente sua causa. O resultado disso é infelizmente previsível: está fadado ao insucesso. A burocracia existe sim quanto ao número variado de ritos a serem aplicados nos casos concretos, a depender do crime ou do sujeito ativo do delito, no caso brasileiro, do que se falará mais adiante.

O que se quer, em suma, é diminuir o tempo do processo, porque exigência de uma sociedade regida pela velocidade, que não deseja esperar por ele. Ocorre que, como bem ressalta AURY LOPES JR., “existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do tempo da sociedade”<sup>745</sup>. Por isso, a exigência, por parte do mercado e da sociedade, de um processo rápido e eficiente, não tem razão de ser, se informado pelos postulados neoliberais, apenas utilitaristas, pois se assim for o processo será – como é – marcado pela constante violação de direitos fundamentais.

PAOLO FERRUA, comentando o sistema italiano dos ritos abreviados, levanta dois questionamentos contra sua adoção: (a) em primeiro lugar, ao contrário do que se poderia pensar, que por ser rápida a justiça consensual prescindiria de uma determinada estrutura para funcionar, é um modelo de justiça que exige sim uma estrutura preparada para tanto, em termos de eficiência; ora, se assim não for, se os acusados não tiverem convicção de que podem mesmo ser punidos e, portanto, preferem os acordos com penas mais leves, eles jamais abrirão mão do processamento normal do caso, que pode levar, por exemplo, à prescrição dos crimes – em outras palavras, o sistema tal como organizado incentiva não aceitar acordos de pena, porque, nestes casos apenas, a punição é certa; (b) os ritos negociais seriam uma alternativa à instrução oral e contraditória do rito ordinário; no entanto, atualmente a instrução mesmo no rito ordinário se resume basicamente às provas colhidas unilateralmente, razão pela qual, antes de se inserirem os ritos abreviados, há de se resgatar o contraditório no rito tradicional, do que até então nenhuma proposta de reforma se ocupou.<sup>746</sup> De suas palavras parece ficar claro que não há intenção alguma do legislador italiano de recuperar adequadamente o processo penal, mas apenas trazer eficiência, a qualquer custo, à aplicação de

<sup>745</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115.

<sup>746</sup> FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 50-52.

penas.

No final das contas, muitas questões fundamentais se põem aqui, que vão desde a legitimidade da justiça contratada (já analisada) até a efetividade das garantias processuais, implicando um necessário retorno (e para alguns, como o caso do Brasil, a manutenção) a um sistema inquisitório de processo: “a ‘rapidez’ não pode ser obtida sem prejuízo das garantias processuais, endereçando o processo sempre mais para os modelos de tipo ‘sumário’ e fazendo ressurgir métodos típicos dos sistemas ‘inquisitórios’”.<sup>747</sup>

Neste tema, mais uma vez são adequadas as ponderações de ALBERTO M. BINDER<sup>748</sup>, que alerta para o fato de que as discussões sobre a simplificação do processo penal não tangem apenas questões de eficiência administrativa nem apenas uma análise das finalidades do processo; é, sobretudo, um problema político, que implica escolhas políticas.

Mais do que isso, entende que uma análise adequada do fenômeno da simplificação das formas procedimentais pressupõe a compreensão de três postulados básicos relacionados com a estrutura do processo penal e com seu funcionamento sócio-político<sup>749</sup>: (a) o processo penal, embora durante muito tempo dela distante, por vários motivos, também está, assim como o Direito Penal, diretamente ligado à política criminal de um Estado, ou seja, a simplificação dos processos é um problema de política criminal; (b) a simplificação dos processos “implica uma nova síntese entre duas forças básicas configuradoras do processo penal”<sup>750</sup>, quais sejam, a eficiência da persecução penal e as garantias advindas do Estado de Direito; (c) tendo em vista que o processo penal não serve à solução de conflitos, senão à sua redefinição (já que não é capaz de reparar, ou seja, de fazer com que tudo volte ao estado anterior), que se dá através da obtenção dos fatos, da norma e dos valores, a simplificação dos processos deve trazer consigo, em síntese, uma nova forma desse processo de redefinição.<sup>751</sup>

---

<sup>747</sup> D'ANGELO, Ernesto; BERTOROTTA, Francesco. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 239. (tradução livre)

<sup>748</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 60.

<sup>749</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 60-70.

<sup>750</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 66.

<sup>751</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 70: “En conclusión, para enmarcar conceptualmente el análisis de los mecanismos de simplificación

Neste passo, quando se pensa e se defende a simplificação do processo penal, o discurso deve ser marcado por uma reflexão ampla sobre o processo em si, desde sua estrutura interna, isto é, quais as conseqüências dessa simplificação sobre o acerto dos fatos e em que medida é possível – ou não – que essa nova estrutura respeite garantias fundamentais, até seus efeitos externos, ou seja, qual o papel que esse novo processo apresenta desde o ponto de vista da política criminal, ou ainda, até onde influencia – ou não – e de que forma influencia o aumento ou a redução da criminalidade. Há todo um contexto em que se deve pensar e, por isso, deve-se ter muito cuidado com as propostas simplificadoras, as quais devem ser analisadas sempre sob os mais diversos ângulos possíveis, para que se teste sua legitimidade diante dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que diante da impossibilidade de importação pura e simples de institutos processuais, a necessidade de manutenção de garantias, etc.<sup>752</sup>, esses argumentos trazidos em defesa da simplificação da maneira como está sendo feita não podem mesmo prosperar, não só por conta dos problemas já mencionados, no caso brasileiro, quanto aos acordos civis e à pena contratada (respectivamente, arts. 74 e 76, da Lei 9.099/95), especialmente pela impossibilidade de diálogo<sup>753</sup>, mas também porque permite a mitigação de várias garantias processuais, como a indefectibilidade da jurisdição, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa.

O problema é que esse discurso da simplificação muitas vezes vem disfarçado de democrático, tal se pode perceber não só das palavras de ANTONIO SCARANCE FERNANDES, mas também, por exemplo, das palavras da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, comentando a necessidade de reforma do Código de Processo Penal, fazendo inclusive alusão às necessidades da América Latina em

---

del proceso, es necesario tener cuenta que esos mecanismos siempre significarán: a) una modificación en la formulación y en la configuración de la política criminal; b) un nuevo punto de equilibrio en la dialéctica 'eficiencia-garantía'; c) una modificación del proceso de 'redefinición del conflicto' y de sus tres procesos subsidiarios (obtención de hechos, obtención de normas, obtención de valores)". "Em conclusão, para marcar conceitualmente a análise dos mecanismos de simplificação do processo, é necessário ter em conta que esses mecanismos sempre significarão: a) uma modificação na formulação e na configuração da política criminal; b) um novo ponto de equilíbrio na dialética 'eficiência-garantia'; c) uma modificação do processo de 'redefinição do conflito' e de seus três processos subsidiários (obtenção dos fatos, obtenção das normas, obtenção dos valores)". (tradução livre)

<sup>752</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39-43; 60-61.

<sup>753</sup> Item 1.1.2.

geral, mais especificamente às idéias que giram em torno do projeto do Código Modelo para Ibero-América:

a transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. Os mecanismos de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência.<sup>754</sup>

Na verdade, como adverte PAOLO FERRUA, as principais consequências dos ritos abreviados, que não podem ser ignoradas e sobre as quais se deve bastante refletir, são: (a) o contínuo abandono do princípio da legalidade das penas, diante da diferença entre a pena prevista e a pena efetivamente aplicada aos indivíduos; (b) o abandono progressivo da função cognitiva do processo penal, de acerto dos fatos, com o crescente risco de se punir inocentes; (c) favorecimento de um direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato; (d) discriminação entre os imputados, já que de regra os menos afortunados não têm condições de arcar com os custos do rito ordinário, não lhes restando outra alternativa senão acordar a pena; embora seja possível também falar de uma discriminação no sentido contrário, ou seja, quando o acordo se reverte em pecúnia, apenas os mais abastados têm condição de fazê-lo; (e) abandono da legalidade também em matéria processual, já que se tornam comuns procedimentos secretos e atípicos entre as partes; (f) atribuição ao Ministério Público de poderes até então não existentes (por exemplo, a discricionariedade na proposta do rito negocial), especialmente na Itália, onde há a obrigatoriedade da ação penal.<sup>755</sup> Além dessas, mais duas são apontadas por ANTONIO SCARANCE FERNANDES: (a) a diminuição dos poderes dos juízes, que diante dos acordos tem exclusivamente o papel de homologá-los; (b) os riscos para o acusado das soluções assentadas em seu poder dispositivo, que pode escolher um caminho menos benéfico<sup>756</sup>.

Está-se, portanto, diante de um dilema representado pelo binômio eficiência

<sup>754</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, jul. / set., 2000, p. 66.

<sup>755</sup> FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 78-79.

<sup>756</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251 e ss.



(tempo) e garantias, e que no atual estado das coisas<sup>757</sup>, tem-se optado pela eficiência.

De qualquer sorte, o que não se quer é um processo penal ineficiente, sem resposta ou com resposta imediata (especialmente tendo em conta a figura do acusado). Por isso, como sugere MARIO CHIAVARIO, há que se ter um equilíbrio dentre essas duas forças, uma redefinição de eficiência, de maneira que dentro dela estejam embutidas, necessariamente, as garantias processuais. Daí também as pertinentes discussões sobre o direito ao processo penal no tempo razoável.<sup>758</sup>

Em outras palavras, eficiente é o processo que respeita as garantias constitucionalmente asseguradas aos indivíduos:

reconhecemos que a verdadeira eficiência processual é tal somente se engloba também a eficiência no reconhecimento e no desenvolvimento das garantias processuais. A eficiência processual não é aquela de um processo em função de uma maior repressão: é eficiente um processo que deve sim consentir a alcançar resultados críveis inclusive no sentido da tempestividade e da eficácia das sanções, mas deve consentir de alcançá-los de modo 'justo' inclusive no plano das modalidades de percurso.

Em suma, a eficiência na qual penso é aquela de um processo que não gira em torno de si mesmo; de um processo que vise – o quanto possível – absolver os inocentes e condenar os culpados; mas é também aquela de um processo intrinsecamente correto e leal.<sup>759</sup>

Não há como negar, afinal, que o processo penal é, de fato, uma síntese, condicionada culturalmente, da efetividade da persecução penal e das garantias dos indivíduos em face do poder punitivo estatal. É um equilíbrio dinâmico e instável entre essas duas forças, mormente no âmbito latino-americano.<sup>760</sup> O desafio é encontrar um ponto ótimo para esse equilíbrio, sem que isso signifique retroceder em termos de garantias tão arduamente conquistadas, não se devendo esquecer, sobretudo, de que deve o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, servir para a contenção do poder punitivo estatal. Em outras palavras, toda medida que, de alguma forma, permite a extensão do poder punitivo é ilegítima diante dos postulados do Estado Democrático de Direitos.

<sup>757</sup> Com a finalidade real do processo penal, mencionada no item 1.2.1.

<sup>758</sup> Por todos, ver LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>759</sup> CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In: **Il giusto processo – atti del convegno presso l'Università di Salerno**, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, p. 54. (tradução livre)

<sup>760</sup> BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 64-67.

## **CAPÍTULO VI – A SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA AUTODEFESA E DO CONTRADITÓRIO EFETIVO**

### **6.1. A retomada dos papéis no processo: o resgate do contraditório e do acusado (autodefesa) – uma injunção constitucional**

Atualmente, vive-se uma evidente crise de papéis dos sujeitos processuais. Mesmo no Brasil, onde o sistema do vigente Código de Processo Penal ainda é essencialmente inquisitório, as discussões sobre a necessidade de adoção de um sistema acusatório e necessidade de reformulação dos papéis dos atores processuais não são novas.

É pertinente lembrar as palavras de PIERO CALAMANDREI, quanto à condição dos sujeitos nos processos inquisitórios e acusatórios:

o processo inquisitório, no qual as partes são consideradas apenas como instrumento para satisfazer o interesse público, corresponde a uma concepção paternalística e autoritária do Estado: o juiz pode tudo, os interesses individuais não valem nada, as partes, como as testemunhas, têm obrigação de dizer a verdade ainda que contra si mesmas, e o conflito de interesses entre eles não tem mais nenhuma relevância, porque o relevante é apenas o interesse do Estado; [...] Ao contrário, o processo do tipo dispositivo corresponde a uma concepção individualista e liberal do Estado: o processo não ignora que os dois antagonistas do debate são pessoas vivas, dotadas cada uma de vontade própria, de interesses individuais, de fins privados próprios; e ao invés de reprimir estes impulsos individuais, contrastantes ou divergentes, deixa-os livres para se manifestarem e escolherem suas táticas, e traz de seus contrastes ou de suas divergências a força motriz para atingir igualmente, através de controle recíproco das iniciativas contrapostas, os objetivos públicos da justiça. Enquanto o processo inquisitório corresponde ao governo absoluto que conhece apenas sujeitos obedientes, o processo do tipo dispositivo representa no campo judiciário uma espécie de autogoverno democrático dos cidadãos livres e responsáveis pelas suas ações.<sup>761</sup>

Desse modo, a democratização do processo vai exigir, necessariamente, essa mudança radical na concepção – e exercício – dos papéis processuais, especialmente dos sujeitos principais. Por certo, de tudo o que já se disse, a mudança não será fácil (e por muitos sequer desejada) e um dos pontos críticos é, evidentemente, criar uma nova cultura das funções de cada sujeito no processo

<sup>761</sup> CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, 1951, p. 2. (tradução livre)

penal.

Na estrutura inquisitorial, o juiz assume um papel principal – embora se afirme subsidiário – de gestão da prova e condução do processo. O autor, de regra o Ministério Público, dotado de toda força e estrutura estatal, auxiliado pelos órgãos da polícia judiciária, tem a incumbência de oferecer a ação penal e reapresentar (refazer) as provas produzidas na fase da investigação preliminar. A defesa, comodamente escorada no princípio da presunção de inocência e também por razões de insuficiência estrutural (no caso das Defensorias Públicas), entende não precisar trabalhar ativamente no processo, já que o ônus da prova é da acusação. O exemplo maior de tal postura era, no caso brasileiro, a não apresentação da peça conhecida por “Defesa prévia”, do antigo artigo 395 do CPP. A doutrina tradicional e jurisprudência dominante corroboravam tal prática, dizendo ser tal peça dispensável. Muitos advogados reservavam-se, então, para falar apenas em sede de alegações finais. Conduta essa inaceitável dentre outras coisas porque o juiz ia para a instrução sem qualquer tese da defesa a qual, inclusive, tendo deixado de apresentar a peça, sequer requeria a produção de provas. E, finalmente, o acusado. Este, na grande maioria dos casos, sequer sabe por que é processado, por que deve ir ao fórum, o que pode acontecer com ele, enfim, não tem a menor consciência de sua condição de acusado, e, logo, de sua condição de sujeito de direitos.

Por conta disso, a passagem para uma estrutura de feição acusatória terá que enfrentar inclusive esse obstáculo e fazer retornar a cada um dos sujeitos processuais o seu verdadeiro – e exclusivo – papel. É preciso redistribuir os poderes entre eles e fazer com que cada um reassuma as responsabilidades perdidas.

Talvez o maior desafio seja a efetivação da autodefesa. Em primeiro lugar, é necessário resgatar o acusado de sua posição de mero objeto do processo penal e lhe conceder o lugar definitivo de sujeito de direitos, não só no ambiente processual, mas durante toda a persecução penal. Isso pressupõe, sem dúvidas, o abandono do sistema inquisitório de processo.

Após o reconhecimento formal do acusado como sujeito, é preciso garantir a ele a possibilidade de exercer seus direitos, ou seja, é preciso dar a ele condições materiais de ação. Mas esse segundo momento pressupõe que se conheçam quem é esse réu, quais são suas condições de vida, para só então se pensar em mecanismos de efetivação da sua autodefesa. E, analisando o universo dos

acusados no Brasil, a partir da população carcerária, facilmente se chega à conclusão de que são, em sua maioria, pessoas humildes, pobres, sem instrução (a maior parte tem ensino fundamental incompleto), jovens<sup>762</sup> que, assim, têm certamente uma capacidade de ação (para usar a expressão de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE<sup>763</sup>) reduzida diante das instâncias formais de controle penal, embora essa incapacidade de ação possa ser sentida até mesmo pelos mais ricos e instruídos, pois advém dos mistérios que envolvem o mundo jurídico e, assim, que afetam todos os que dele não participam.

Desse modo, como inclusive já referido neste trabalho<sup>764</sup>, tornar o processo penal mais simples e acessível, tendo em conta a condição dos acusados, é uma providência imprescindível se se quer um processo democrático.

Ademais, no que tange à defesa, ainda que seja o acusado o sujeito principal, são necessárias também considerações sobre a defesa técnica.

ERALDO STEFANI, ao escrever sobre a passagem para o sistema acusatório na estrutura italiana, inclusive com a adoção das *indagine difensive* (investigação pela defesa), alerta sobre o problema a ser enfrentado pela afirmação do referido sistema de processo penal:

se é verdade, com efeito, que o defensor deve abandonar a posição de sujeito em espera da iniciativa do ministério público para assumir também as vestes de hábil investigador à altura do órgão inquirente, é também verdade que o mesmo ministério público deve agora ter o hábito de levar em conta um defensor presente mesmo na fase das investigações preliminares. O juiz deve ter em conta que não é mais sujeito ativo na fase de individualização e colheita das fontes de prova, mas tem um papel de imparcialidade que o novo sistema processual quis acentuar.<sup>765</sup>

Assim como na Itália (embora as investigações privadas ainda sejam raras) e como ainda é no Brasil, os defensores se encontram numa cômoda situação de que o monopólio da investigação é, de uma forma ou de outra, em última análise, do Estado<sup>766</sup>: da polícia judiciária e, em que pese as críticas, do Ministério Público, das

<sup>762</sup> Dados sobre a população carcerária do Brasil disponíveis no sítio do Ministério da Justiça, acessado em 08.09.2010: <http://portal.mj.gov.br/sindec/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>.

<sup>763</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 377.

<sup>764</sup> Considerações já efetuadas no item 3.2.

<sup>765</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 3-4. (tradução livre)

<sup>766</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 4.

CPIs, de outros órgãos executivos em determinadas situações. Sabe-se que, no Brasil, nada impede o advogado de levar até a polícia judiciária ou ao Ministério Público documentos comprobatórios de algum fato, mas esta não é a *praxe judiciária*.

O advogado, nesta concepção inquisitória, tem por função, precipuamente, proceder a uma análise crítica das provas colhidas por outras pessoas. Ele, em si, não se preocupa com o conhecimento dos fatos, o que prejudica sobremaneira a realização da defesa<sup>767</sup>. O envolvimento com o caso acaba sendo da escolha de cada um e não propriamente visto como um dever do advogado.

Com a retomada de suas funções no ambiente acusatório, o advogado aparece em pé de igualdade com o órgão da acusação e, como ele, tem responsabilidades muito maiores, que não serão mais supridas pelo juiz. Conhecer o caso e ter consciência de seus deveres é fundamental, pois “o defensor deverá se habituar a prestar ao assistido uma defesa eficaz e ativa, a fim de poder realizar escolhas de caráter processual prontas e adequadas à real situação do indiciado ou acusado.”<sup>768</sup> Além disso, “a relação entre defensor e assistido deve ser caracterizada por uma completa abertura deste último ao defensor. Este deve entrevistar adequadamente o indiciado ou acusado sobre os fatos de maneira a conhecer o caso e depois estudar a linha defensiva mais idônea para ele.”<sup>769</sup>

Tem, assim, especialmente o acusado (já que quanto ao indiciado e a intervenção da defesa no Inquérito Policial as questões são ainda mais complexas) o direito a uma defesa ativa, expressão de seu direito à prova, reenviando o Ministério Público e o juiz aos seus devidos lugares no processo.<sup>770</sup>

<sup>767</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 6.

<sup>768</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 9. (tradução livre)

<sup>769</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 28. (tradução livre)

<sup>770</sup> STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999, p. 30: Com a possibilidade das investigações privadas, na Itália, “L’indagato vede finalmente riconosciuto il diritto ad una difesa attiva che colmi le lacune e, talora, le prese di posizione del pubblico ministero che troppo spesso si è dimostrato efficiente nell’interpretare il ruolo di parte nel processo e poco efficiente nell’interpretare il ruolo di organo pubblico e, quindi, di garante della giusta applicazione della legge e tutore delle garanzie del cittadino nel processo.” “O indagado tem finalmente reconhecido o direito a uma defesa ativa que preencha as lacunas e às vezes a tomada de posição do Ministério Público que de regra se tem demonstrado eficiente em interpretar o papel de parte no processo e pouco eficiente em interpretar o papel de órgão público e, assim, de garante da justa aplicação da lei e tutor das garantias do cidadão no processo.” (tradução livre)

São necessárias, no entanto, para esse novo papel da defesa técnica, condições para seu desenvolvimento efetivo. O contraditório, assim, naquilo que tange à paridade de armas, deve ser efetivo, sob pena de permanecer o já tradicional desequilíbrio entre as partes no processo penal. E a idéia não é tutelar o mais fraco, o hipossuficiente, com medidas paliativas. O objetivo é tornar a defesa tão forte quanto a acusação. E, para isso, devem ser garantidos instrumentos para tanto, a começar pela estruturação adequada das Defensorias Públicas, responsáveis pela grande maioria das defesas no Brasil, infelizmente ainda um ponto bastante negativo da realidade brasileira e latino-americana.

A prática cotidiana, particularmente na realidade latino-americana, demonstra que um dos pontos onde o sistema de garantias fracassa é, precisamente, este: a prestação da defesa pública. Se se tem em conta que devido à seletividade com que geralmente operam os sistemas penais, que a grande maioria dos imputados são pobres, carentes de recursos ou com uma impossibilidade estrutural de tomar para si a própria defesa, compreende-se que a defesa pública chega a ser um dos eixos primordiais da legitimidade do processo penal. De consequência, pode-se afirmar que, na maioria dos nossos países, na medida em que não existe um autêntico serviço de defesa pública eficaz, o processo penal está sempre sob suspeita de ser ilegítimo.<sup>771</sup>

Quanto ao Ministério Público, também não resiste mais a função de ser parte imparcial. Já em 1953 FRANCESCO CARNELUTTI advertia dessa impossibilidade, em seu célebre texto *Mettere il pubblico ministero al suo posto*.<sup>772</sup> Encontrar (ou reencontrar) a função do Ministério Público é condição para criação de um ambiente propício à civilidade penal.<sup>773</sup> E, no Brasil, ao contrário da Itália, esse caminho já foi iniciado a partir do momento em que se fez do Ministério Público uma instituição independente do Poder Judiciário.

Analisando as suas funções, ao menos no que se refere à esfera criminal, vê-se que a ele é imposta a tarefa de acionar o Estado para que se manifeste sobre um caso penal, de figurar no pólo ativo do processo penal, de regra, ao mesmo tempo em que dele se exige imparcialidade. De fato, como bem apontou CARNELUTTI, fazer do Ministério Público parte imparcial é o mesmo que tornar

<sup>771</sup> BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 161. (tradução livre)

<sup>772</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico ministero al suo posto*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. VIII, parte I, n. 4, p. 257-264, 1953.

<sup>773</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico ministero al suo posto*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. VIII, parte I, n. 4, 1953, p. 264.

quadrado um círculo.<sup>774</sup> E, para que possa então realizar sua verdadeira função de parte, é necessário que se estabeleça, definitivamente, a condição de igualdade entre o Ministério Público e o defensor.<sup>775</sup> Na verdade, a presença do defensor à sua altura é condição necessária para que o Ministério Público possa efetivamente exercer sua função de acusador.

Uma vez separada a acusação do juízo é necessário que o ministério público seja um tenaz acusador: o *avocatus diaboli* é o paradigma desta exigência. Em suma, a mesma razão pela qual o juiz, colocado *super partes*, deve ser imparcial, exige que o ministério público, colocado *inter partes*, seja parcial. O ministério público imparcial é uma contradição em termos. Mas a condição da sua imparcialidade é que ele tenha um adversário; se não o possui, humanamente, avizinha-se do juiz e trai, inconscientemente, o seu ofício.<sup>776</sup>

MARIA LUCIA KARAM também denuncia essa suposta imparcialidade do órgão do Ministério Público como sendo mais um elemento de desigualdade entre as partes (acusação e defesa). Sustenta que essa função de ser fiscal da lei é o que permite uma maior intervenção do Ministério Público no processo, em evidente situação de superioridade com relação à defesa, além de sua atuação como autor. Além disso, essa suposta condição de *parte imparcial* faz parecer a acusação mais séria do que a defesa, mais compromissada com a justiça e mais digna de credibilidade do que a defesa. Essa é uma visão falsa e preconceituosa que, infelizmente, traduz-se na prática, por exemplo, no lugar físico destinado ao Ministério Público nas salas de audiências e sessões, que redundam em nítido tratamento diferenciado com relação à defesa.<sup>777</sup> Até porque, bem pensadas as coisas, dentro do jogo ético, a função de fiscalizar o cumprimento da lei não toca apenas ao Ministério Público, mas a todos os sujeitos processuais, em observância da lealdade processual. Assim, a rigor, não é apenas o Ministério Público o *custos legis*.<sup>778</sup>

<sup>774</sup> CARNELUTTI, Francesco. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. VIII, parte I, n. 4, 1953, p. 257.

<sup>775</sup> CARNELUTTI, Francesco. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. VIII, parte I, n. 4, 1953, p. 264.

<sup>776</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 46-47. (tradução livre)

<sup>777</sup> KARAM, Maria Lucia. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 402-404.

<sup>778</sup> Assim também pensa Maria Lucia Karam. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 405.

Finalmente, o juiz. Este, numa estrutura acusatória, também tem seu papel modificado e, sobremaneira, reduzido (o que justifica a resistência de muitos, pois significa renúncia ao poder). Ele sai completamente da gestão da prova e abandona essa função paternalista de “suprir” as insuficiências da acusação e da defesa que hoje exerce. A eventual boa-fé do juiz não é capaz de justificar a continuidade da gestão da prova em suas mãos. Para quiçá atingir a *meta optata* da imparcialidade<sup>779</sup>, justamente consciente de sua falta de neutralidade, e bem acertar o caso, o juiz deve se privar de qualquer iniciativa probatória. E, neste passo, assume seu papel efetivo de garante dos direitos fundamentais. A intervenção do juiz, então, é fundamental e necessária, não bastando o mero ofício de homologador de acordos de pena, como propõe a justiça contratada.

Daí se percebe o quanto o rearranjo dos papéis é fundamental para o bom funcionamento da estrutura processual, pois ao mesmo tempo em que o juiz deixa a gestão da prova, as partes devem estar em condição de assumi-la, sob pena do processo ruir. Por isso, com acerto, afirma JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, ao falar sobre o novo projeto de CPP, que, “no fundo, para se colocar o juiz no seu devido – e constitucional – lugar foi necessário mettere il pubblico ministero al suo posto; ou quase”.<sup>780</sup>

Na verdade, um processo democrático exige regras limitadoras do jogo, exige que se conheçam os jogadores e ainda exige que se conheça o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo, como bem pondera COUTINHO.<sup>781</sup>

## 6.2. A proposta dos ritos simplificados

Sendo o processo penal, desde o ponto de vista teórico, instrumento para

<sup>779</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 173.

<sup>780</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice. **Cadernos Jurídicos da OAB Paraná**, n. 4, julho de 2009, p. 4.

<sup>781</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.



aplicação da lei ao caso concreto, cujos atos se realizam na seqüência e forma determinadas pelo procedimento previsto em lei, é certo que para bem desempenhar seu papel há que se valer de um rito que sirva à obtenção do resultado final, qual seja, o acerto do caso penal. ANTONIO SCARANCE FERNANDES chega mesmo a afirmar, com razão, que existe verdadeiro direito fundamental ao procedimento, “porque elemento de legitimação do poder decisório do Estado”.<sup>782</sup>

Desde uma concepção democrática do processo, já defendida, o procedimento a ser seguido no processamento do caso deve ser conforme os valores postos pela Constituição; há, assim, de ser adequado.

Ocorre que na esfera criminal, diferentemente do que acontece na esfera cível, não é possível discutir essa matéria fazendo menção às idéias de tutela genérica e específica no processo de conhecimento que lá são necessárias.

Quando se trata de processo civil, entende-se adequado falar de *tutelas diferenciadas*, em contraposição à tutela tradicional, como uma exigência de proteção efetiva das situações materiais trazidas em juízo. Para isso, então, foram criados ritos especiais, adequados, distintamente, às tutelas das obrigações de dar, fazer e pagar, conforme o direito material a ser protegido, o pedido formulado, em suma, conforme a tutela pleiteada (inibitória, reintegratória, ressarcitória). Criaram-se, assim, não só ritos especiais (para ações possessórias, mandado de segurança, ação de despejo, etc.), mas também se reforçaram as medidas executivas de que podia se valer o juiz para efetivar suas decisões (busca e apreensão, penhora on line, etc.).<sup>783</sup>

Fala LUIZ GUILHERME MARINONI, no âmbito do processo civil, em técnicas adequadas para a tutela dos direitos<sup>784</sup>, como forma de tornar efetivo o processo: “o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das *formas de tutela* prometidas pelo direito material. De modo que, entre as *tutelas dos direitos* e as *técnicas processuais*, deve haver uma relação de adequação.”<sup>785</sup> Assim, “quando se indaga sobre a efetividade do processo já se

<sup>782</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

<sup>783</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 307-308.

<sup>784</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>785</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

identificou a *forma de tutela* prometida pelo direito material, restando verificar se as *técnicas processuais* são capazes de propiciar a sua efetiva prestação.”<sup>786</sup> Sobre isso, de certa forma, já falava GIUSEPPE CHIOVENDA, quando inclusive advertia que o aumento da demanda dos diferentes direitos substanciais acarretaria uma diminuição dos rigores das formas processuais<sup>787</sup> – é exatamente o que parece ocorrer atualmente no processo civil, com os poderes gerais do juiz.

Atualmente, no entanto, mesmo o processo civil encontra-se num movimento de unificação dos procedimentos, na medida em que importou para o rito ordinário todas as formas de tutela específica, a ver-se pelas disposições dos arts. 461, 461-A, 466-A, 466-B, 466-C, dentre outras do Código de Processo Civil.<sup>788</sup>

Em que pese aqui não interessar as transformações pelas quais passa o processo civil atual (sobretudo com um aumento do poder do juiz, agora dotado expressamente de um poder geral de antecipação – art. 273 e 461, §3º, CPC –, de um poder geral de cautela – art. 798, CPC – e de um poder geral de efetivação – art. 461, §5º, CPC), fato é que a menção a essa necessidade que se teve de uma tutela diferenciada, efetivadora dos direitos materiais do cidadão, um dos motivos do estabelecimento de ritos especiais, também está em crise, como bem ressaltam FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

atualmente, diante da implementação dessas técnicas no próprio procedimento comum ordinário, é difícil exergar nos procedimentos especiais (principais paradigmas da *tutela diferenciada*) a importância que um dia tiveram, porque muitas vezes o rito padrão os supera em eficiência. Pode-se dizer, pois, que perdeu um pouco a razão de se falar, hoje em dia, numa *tutela jurisdicional diferenciada*, ao menos com o sentido e a ênfase que, até então, se dava ao tema.<sup>789</sup>

Em outras palavras, anuncia-se também lá no processo civil uma crise dos ritos especiais.

No processo penal, também se fala em diferentes ritos processuais, alguns

---

2006, p. 214. (destaques no original)

<sup>786</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 214. (destaques no original)

<sup>787</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Volume Primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 361.

<sup>788</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 308.

<sup>789</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 308.

denominados comuns, outros especiais. Sabe-se, ademais, que além de se falar em ritos diferentes, fala-se em diferentes tipos de processos, segundo suas estruturas, finalidades e conteúdos, o que pode até ser admitido na esfera criminal, pensando-se talvez no processo cautelar e na execução da pena. Mas, uma vez não se confundindo processo e procedimento, como visto, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO reconhece que seria até mesmo possível que diferentes tipos de processo se submetessem a um mesmo ou muito semelhante rito, ao mesmo tempo que um mesmo tipo de processo poderia se desenvolver conforme ritos distintos.<sup>790</sup> A presente pesquisa se interessa, no entanto, apenas pelo processo de acerto do caso penal, principal (excluídos, portanto os incidentes, as medidas cautelares e a execução penal).

GIORGIO PIZIALI explica que a existência dos ritos diferenciados no processo criminal sempre foi a realidade da tradição jurídica ocidental, embora não de maneira consciente. E essa distinção se deu, de maneira geral, nos códigos mais antigos, ou em razão das diferentes competências ou em razão das categorias de crime. Neste caso, sempre se entendeu que para o acerto de alguns casos eram necessários às vezes procedimentos mais simples, às vezes mais articulados, a depender das exigências quanto à alocação eficiente dos recursos, sendo que os crimes mais graves exigiam ritos mais rigorosos.<sup>791</sup> GIUSEPPE SABATINI, no entanto, atribui a existência de ritos especiais ao processo inquisitório católico, em que se distinguia o procedimento ordinário do processo sumaríssimo e do processo por decreto ou mandato.<sup>792</sup>

Para SABATINI, a distinção em procedimento ordinário e especial não existe em virtude do objeto do processo, mas consiste basicamente na situação de derrogar a forma ordinária. Para ele, então, o procedimento ordinário é o procedimento-tipo, regulado sob determinados princípios e formas fundamentais, enquanto que o procedimento especial é um subtipo, no qual alguns princípios ou algumas formas são modificadas ou substituídas<sup>793</sup>. No mesmo sentido manifesta-se

<sup>790</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2000, p. 136.

<sup>791</sup> PIZIALI, Giorgio. Pluralità dei riti e giudice unico. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLIII, giugno/settembre 2000, p. 971-972.

<sup>792</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 21.

<sup>793</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 25.

GIOVANNI LEONE, o qual demonstra que, tradicionalmente, ritos especiais são aqueles que de alguma forma representam a derrogação do chamado rito ordinário. Trata-se de um conceito negativo com relação ao de rito ordinário. Ademais, afirma a possibilidade de existirem vários procedimentos especiais, tantos quanto forem necessários para abarcar tantas situações quanto exigirem a não aplicação do rito ordinário.<sup>794</sup>

No entanto, para SABATINI, devem se verificar fundamentos para a derrogação do rito ordinário, que faz aparecer o rito especial. Esses fundamentos podem ser: (a) por razões de economia processual (por exemplo, pela evidência desde o início do que ocorreu); (b) para garantir um devido contraditório ao acusado ausente; (c) tendo em vista o fato ou o particular objetivo de tornar célere o processo por parte do legislador; (d) pela distinta composição do órgão julgador (por exemplo, o júri) ou (e) pela especial condição do sujeito ativo do delito, que exige um juízo particularmente qualificado ou especializado.<sup>795</sup>

De fato, confirmando os dizeres de SABATINI, passou-se a falar de ritos especiais, na Itália, segundo PIZIALI, para as situações que, de alguma forma, representavam uma derrogação do rito ordinário, como se viu bem no Código de Processo Penal italiano de 1930. Tais situações de derrogação do rito ordinário passaram a ser permitidas levando em conta o caso concreto, como a existência de flagrante delito (o rito *direttissimo*) ou mesmo por conta de um conjunto probatório dito suficiente já desde o início (o rito *immediato*), e, mais recentemente, as possibilidades de acordo entre as partes (o *giudizio abbreviato* e o *patteggiamento*). Sempre existiram, ainda, os ritos pré-determinados pela pena abstratamente prevista no tipo penal, como, no caso do Itália, o rito *per decreto* ou mesmo as disposições especiais para específica categoria de crimes, como se viu na Lei n. 66, de 1996, para os crimes contra a liberdade sexual.<sup>796</sup>

LEONE pondera, no entanto, que segundo sua opinião, a especialidade do rito não está ligada à natureza da infração ou mesmo à competência do juiz, já que no primeiro caso a categoria do crime em nada tem a ver com a disciplina do procedimento e, no segundo, o problema é de outra ordem, ou seja, a competência,

<sup>794</sup> LEONE, Giovanni. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1168.

<sup>795</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 28-29.

<sup>796</sup> PIZIALI, Giorgio. Pluralità dei riti e giudice unico. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLIII, giugno/settembre 2000, p. 973-974.

que tampouco tem a ver com a disciplina do rito. Por isso, então, defende que a especialidade só pode ter origem na disciplina do próprio procedimento, ou seja, “procedimento especial, portanto, é todo procedimento cuja disciplina derroga, no todo ou em parte, o esquema do procedimento ordinário.”<sup>797</sup> Deixa claro que adota uma tese ampla de conceituação dos ritos especiais, vez que entende que qualquer modificação ao rito ordinário enseja a categoria de especialidade.<sup>798</sup> Não explica, todavia, as razões capazes, então, de levar a tal especialização. Não se ocupa de explicar os fundamentos da diferenciação.

GIROLAMO BELLAVISTA tem uma posição distinta das antecedentes. Aliás, entre ele e GIUSEPPE SABATINI houve uma discussão interessante sobre o tema dos procedimentos especiais<sup>799</sup>. BELLAVISTA, em síntese, discordou de SABATINI quanto ao conceito de procedimento especial. Entendia que, com base na teoria geral do Direito, a categoria *especial* existe em face da categoria de *geral ou comum*. E o procedimento especial, assim, é aquele que em razão da pessoa ou da matéria (enfim, da especialidade do objeto do processo) apresenta uma seqüência de atos distinta do rito comum, mas de acordo com os mesmos princípios reguladores, os mesmos cânones, deste. Em contrapartida, existem os procedimentos anômalos, de direito singular, que são aqueles opostos ao procedimento comum, que funcionam com base em outros princípios, com outras regras. Assim, para BELLAVISTA, se o procedimento comum é escrito e secreto, o procedimento que se funda sobre a publicidade e a oralidade não é especial, mas sim anômalo. Da mesma forma, se o procedimento comum permite o contraditório amplo, é anômalo o procedimento que reduza, em qualquer medida, o contraditório. Seria especial, por exemplo, o procedimento para apuração dos crimes militares, que conservava, apenas com algumas modificações, as características do então rito

<sup>797</sup> LEONE, Giovanni. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1168. (tradução livre)

<sup>798</sup> LEONE, Giovanni. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1168.

<sup>799</sup> Após a publicação, em 1956, do *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale* de SABATINI, BELLAVISTA escreveu, no mesmo ano, o texto *Sulla teoria generale dei procedimenti penali anomali*, originalmente publicado na *Scuola positiva*, no volume dedicado a Filippo Grisogni, criticando a posição de SABATINI. Este, três anos mais tarde, em 1959, publicou o texto *Sulla distinzione tra procedimento ordinario e procedimento speciale*, na *Giustizia Penale*, respondendo às críticas de BELLAVISTA que, por sua vez, no mesmo ano, escreveu um outro texto em resposta a SABATINI, intitulado *Ancora in tema di procedimenti anomali*, originalmente publicado na *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ambos, em síntese, mantiveram seus entendimentos iniciais sobre a distinção dos procedimentos.

ordinário do processo penal italiano.<sup>800</sup>

Em que pese as interessantes posições de LEONE e de BELLAVISTA, a realidade se mostra diferente, pois os autores, como por exemplo faz PIZIALI realmente falam da distinção tendo por base o crime, ou outro critério. Na verdade, o que há é uma visão diferenciada sobre a mesma realidade: uns a vêem a partir do (suposto) fundamento (o porquê da distinção – tipo de crime, competência, etc.), outros a partir da estrutura (se o rito é igual ou não ao ordinário), outros a partir dos princípios fundantes, como BELLAVISTA. Nenhum deles, no entanto, enfrenta a razão da existência de ritos diferenciados adequadamente, fazendo menção, em regra, genericamente apenas às exigências do caso concreto.

No Brasil, atualmente existem os seguintes procedimentos: (1) **no Código de Processo Penal**: rito comum ordinário (arts. 394 a 405), rito comum sumário (arts. 531 a 538), rito para o processamento dos crimes dolosos contra a vida (arts. 406 a 497); rito para o processamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518); rito para o processamento dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523); rito para o processamento dos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-I); (2) **na legislação extravagante**: rito para o processamento dos crimes eleitorais (Código Eleitoral – Lei 4.737/65, arts. 355 a 364); rito para o processamento dos crimes de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, arts. 12 a 28); rito para as ações penais originárias (Lei 8.038/90, arts. 1 a 12); rito para o processamento dos crimes da lei de licitações (Lei 8.666/93, arts. 100 a 108); rito para o processamento das infrações de menor potencial ofensivo – rito comum sumaríssimo (Lei 9.099/95, arts. 77 a 83); rito para o processamento dos crimes que envolvem recuperação judicial e falência (Lei 11.101/05, arts. 183 a 188 – na verdade, não é propriamente um rito especial, já que a lei determina a aplicação do rito sumário, do CPP); rito para o processamento dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes (Lei 11.343/06, arts. 48 a 59). AURY LOPES JR. defende, ainda, a existência de um rito especial para os crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), já que há algumas particularidades previstas na lei.<sup>801</sup> Assim, são, no mínimo, doze ritos distintos (pairando dúvida sobre o da Lei 11.101/05 e o da Lei 9.613/98 e não considerados os procedimentos dos processos penais militares).

<sup>800</sup> BELLAVISTA, Girolamo. Sulla teoria generale dei procedimenti penali anomali. **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 178-184.

<sup>801</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 191.

Como muito bem ressalta AURY LOPES JR., “no tocante aos procedimentos (ou ritos), mais do que polimorfo, o sistema processual brasileiro é caótico”<sup>802</sup>, não existindo qualquer critério racional para sua definição.<sup>803</sup> Chega mesmo a afirmar a irrelevância da distinção entre ritos especiais e ordinários.<sup>804</sup> De qualquer sorte, tenta apontar os critérios que podem ter levado a essa “polimorfologia procedimental”: a gravidade do crime (pela quantidade da pena), a natureza do delito (considerada a natureza do bem jurídico tutelado) e a qualidade do agente (particular condição do sujeito ativo do crime).<sup>805</sup>

Assim, também na realidade brasileira é possível identificar o que, de certa forma, é a tradição ocidental apontada por PIZIALI, acima. Há um procedimento ordinário, padrão, e variações dele, que levam à existência de procedimentos diferentes cuja denominação de especial ou anômalo depende da compreensão que se adota sobre essas alterações, consoante visto há pouco, nas discussões entre LEONE e BELLAVISTA. Sem embargo, tomado como base o rito ordinário, pode-se perceber distinções fundadas não só na exclusão ou inclusão de atos (como a necessidade de homologação do laudo no rito para julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial – art. 528, CPP – por exemplo), mas muitas vezes até mesmo no cuidado em se assegurar de maneira mais efetiva alguns valores constitucionais (como a real possibilidade de defesa prévia – art. 4º, Lei 8.038/90 – no rito das ações penais originárias, em nome da presunção de inocência e da ampla defesa).

Não escapa a estrutura brasileira, todavia, das críticas que seguem, visto que tais distinções parecem não ter, ao final, fundamentos legítimos.

A visão mais adequada para os objetivos do presente trabalho, é aquela apresentada por GAETANO FOSCHINI<sup>806</sup>, ao falar do princípio da adequação (quando de sua exposição sobre a morfologia processual). Explica que, sob a ótica da função<sup>807</sup>, nem todos os processos terão uma estrutura complexa, pois nem

<sup>802</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189.

<sup>803</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 192.

<sup>804</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 192.

<sup>805</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 191.

<sup>806</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 3-14.

<sup>807</sup> O autor defende ser o processo um organismo, que tem, assim, uma morfologia própria. E estabelece os princípios fundamentais dessa morfologia: (a) o princípio de organicidade, que se

todos os casos a serem julgados serão complexos. De uma maneira geral, a complexidade está ligada à importância da *res judicanda* ou mesmo à dificuldade do juízo. No primeiro caso, afirma que um crime mais grave exige um maior esforço processual, pois as conseqüências de um eventual erro judiciário seriam mais graves. No segundo caso, aduz que o juízo pode ser mais fácil quando o indivíduo foi preso em flagrante delito ou mesmo tenha confessado o crime, ou mais difícil quando o processo for instruído especialmente por prova indiciária, quando então muitas dúvidas permanecem.

Registre-se, aqui, uma parcial discordância da opinião do autor, vez que tal postura se funda numa suposição, que pode não se confirmar, ou seja, as conseqüências do julgamento equivocado de uma contravenção penal podem, por que não, ser mais graves do que as conseqüências de um julgamento equivocado de um homicídio. Não há como antever esses efeitos. Ademais, quanto ao segundo caso, talvez tenha razão o autor se pensar em termos da formação do convencimento do magistrado. De fato, pode ser mais fácil o juiz decidir diante de um flagrante delito, mas isso também não pode ser tomado como uma regra absoluta, vez que o convencimento se forma por outras razões, nem sempre confessáveis<sup>808</sup>.

No entanto, em que pesem suas premissas serem falseáveis, equivocadas, a conclusão a que chega o autor é o que de fato parece pertinente, se adaptada. FOSCHINI reconhece que os casos concretos serão distintos e que, portanto, distintos também serão os seus respectivos processos. É nesse sentido que a função se adéqua à estrutura (estrutura do caso concreto). É bem verdade que ele vai reconhecer, de certa forma, ser possível a adequação do rito ao caso concreto, com a supressão de uma fase que, para aquele caso, seja desnecessária. Mas é possível aproveitar o raciocínio do autor para afirmar que essa distinção não se dá propriamente no plano do rito, mas sim levando em conta a estrutura do caso concreto. Nesse sentido, afirma que é equivocada a distinção em ritos especiais e rito comum ou normal, pois reconhece que “do ponto de vista abstrato só há um tipo de processo penal, o qual, porém, em concreto – por força do chamado princípio da

---

refere à estrutura do processo; (b) o princípio da adequação, que se refere à função do processo; (c) o princípio da especificação, que se refere à evolução histórica do processo. FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 3-5.

<sup>808</sup> Sobre o tema ver, por exemplo: ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



adequação – assumirá sempre ligações estruturais específicas em função da particularidade da espécie.”<sup>809</sup> As eventuais diferenciações dos processos, assim, dão-se em razão da particularidade do caso concreto<sup>810</sup>, sendo distinto, sem dúvida, o processo para o acusado revel e não revel, mas isso não implica, necessariamente, a existência de um outro rito para o caso.

Assim, os processos são diversos porque os casos penais são diversos e o desenvolvimento da atividade estatal será diverso, a depender das exigências do caso concreto, a depender do que ocorreu na vida concreta. Por isso, então, em alguns processos haverá produção de prova pericial (crimes que deixam vestígios materiais) em outros não, em alguns processos haverá a expedição de Carta Precatória para ouvir testemunha, em outros não, assim por diante, de tal forma que mesmo diante de um mesmo tipo de crime haverá processos diversos. Em suma, eis a distinção que se pode admitir, aquela que leva em conta o desenvolvimento real do processo e o seu resultado, não significando, no entanto, uma distinção de rito.

Além disso, uma das grandes preocupações que aparece, ao se falar de ritos especiais, é o princípio da igualdade, ou seja, até que ponto os ritos diferenciados asseguram, de fato, a isonomia de tratamento dos acusados. A par de toda a discussão sobre o princípio da igualdade em si, que por ora se deixa de fazer, evidente que o argumento preponderante acaba sendo o da igualdade substancial e, logo, na medida em que os ritos observarem critérios de *discrímen* que estejam de acordo com as Constituições ou mesmo com os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, são considerados adequados e respeitosos da igualdade entre os homens. Dessa forma, consoante relata PIZIALI, já se manifestou a Corte Européia de Direitos Humanos.<sup>811</sup>

Não é que não se pode admitir a possibilidade de ritos diferentes respeitarem os direitos fundamentais do homem, cada um a seu modo (do contrário seria impossível mesmo justificar as diferenças entre o processo civil, o criminal, o administrativo, assim por diante). Mas a questão que está em jogo é que esse discurso da igualdade substancial, especialmente quando defendido pela Corte Européia, é de ser questionado quando se fala da realidade latino-americana, e para

<sup>809</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 11. (tradução livre)

<sup>810</sup> FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 11.

<sup>811</sup> PIZIALI, Giorgio. Pluralità dei riti e giudice unico. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLIII, giugno/settembre 2000, p. 977 e ss.

o presente trabalho, da realidade brasileira.

Não há quem não se manifeste a favor da igualdade substancial, mas a visão crítica da realidade em que se vive no hemisfério sul exige mais do que a simples adoção desse entendimento, especialmente se se tiver, ainda, uma perspectiva crítica do próprio Direito Penal, consoante demonstrado no início da presente investigação. Em tempos de neopunitivismo e de direito penal do inimigo, em que se reconhece no sistema criminal (Direito penal e Processual Penal) um instrumento de criminalização secundária (hoje não só dos tradicionalmente vulneráveis, mas também de outras categorias, como aqueles que em tese praticam crimes do colarinho branco), aliada a uma visão agnóstica e negativa da pena, de um processo penal de tradição ainda inquisitória, é possível afirmar que a diferenciação dos ritos acaba tendo um viés esquizofrênico, porque não se coaduna com a finalidade pregada pela doutrina e jurisprudência européias (em verdade, nem para eles esse discurso funciona, só talvez as consequências dele sejam menos graves). É um dever-ser que não tem como se concretizar, e não deve se concretizar, porque não tem legitimidade para tanto.

Na verdade, ainda que de maneira não tão explícita, talvez essa seja também uma preocupação dos autores europeus, como o próprio GIORGIO PIZIALI, porque, em um determinado momento de seu texto, embora defenda a propriedade de ritos adequados à exigência dos casos concretos e não acredite na eficiência de um modelo único de processo, ele deixa entender que seria necessário pensar “em módulos processuais que sem violar os princípios do justo processo e, logo, as garantias dos cidadãos, sejam os mais congeniali ao accertamento dos mais diversos crimes.”<sup>812</sup> Ora, há, sim, uma preocupação constante de que ritos especiais acabem significando ofensa a direitos, mesmo em sociedades cujo grau de civilidade (a princípio) é mais elevado. Até porque, no final das contas, consoante falou várias vezes MASSIMO PAVARINI, as pessoas que estão na prisão são sempre as mesmas, não importa o lugar do mundo. Em outras palavras, a seleção está sempre presente e, assim, são sempre os mesmos os destinatários do Direito Penal, do Processual Penal e da Execução Penal, os inábeis, que não têm a civilidade suficiente para se sentirem respeitados por ritos diferentes.

Com efeito, não há, na estrutura criminal, diferentes tipos de processo para o

---

<sup>812</sup> PIZIALI, Giorgio. Pluralità dei riti e giudice unico. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLIII, giugno/settembre 2000, p. 980. (tradução livre).

acertamento do caso penal, não há justificativa para existência de diferentes ritos com base simplesmente na espécie de crime (salvo o júri, mas não por conta do crime em si, mas sim pela estrutura que demanda uma previsão legal própria, distinta do juízo singular) ou por conta do (suposto) sujeito ativo da infração penal. Não há, da mesma forma, como se falar em exigência de tutelas diferenciadas, como no processo civil, capaz de justificar a adoção de ritos diferentes.

Conforme explica LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>813</sup>, no âmbito do Direito Processual Civil, para que haja legitimidade na diferenciação dos procedimentos, eles devem guardar pertinência com as exigências do direito substancial, observados, ainda os valores constitucionalmente protegidos. E, na esfera criminal, não só não há exigências diferenciadas do Direito Penal, ao menos não legítimas, como também não há valores constitucionais ligados às garantias fundamentais que justifiquem a distinção de tratamento dos casos penais, salvo os casos de competência do júri popular (não bastando para tanto a mera previsão no art. 98, I, da Constituição).

Não se pode aceitar, ainda, a justificativa da diferença dos ritos com base na gravidade dos crimes. Neste passo, os ritos mais simples seriam destinados para as infrações menos graves, e os mais complexos, para as mais graves<sup>814</sup> (especialmente aquelas, atualmente, que envolvem a criminalidade organizada<sup>815</sup>). Também se fala em diferenciação de ritos conforme a complexidade dos casos, em virtude de uma maior ou menor dificuldade na apuração do fato e sua autoria.<sup>816</sup> Em nenhum dos dois casos, porém, há fundamento para especialização. Ninguém é capaz de explicar por que há de ser diferente, por que há de ser especial o processamento de alguns casos, ao contrário, no entanto, do que sugere PAULO TONINI, por exemplo, quando diz que o rito ordinário (completo) deve ser reservado

<sup>813</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 263.

<sup>814</sup> No Brasil, é preciso não esquecer, mesmo as infrações ditas de menor potencial ofensivo podem ser mais complexas, a ver-se pela disposição do art. 77, §2º, da Lei 9.099/95 (*Se a complexidade ou circunstância do caso não permitirem formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.*).

<sup>815</sup> “Aponta-se como uma das principais razões para o abandono do ideal de um modelo processual único o fato de que, com o aumento da criminalidade organizada e violenta, há necessidade de, no combate a essa criminalidade, serem criados esquemas processuais mais complexos e sofisticados, os quais, contudo, não podem ser aplicados à generalidade das infrações penais.” FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181.

<sup>816</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 180-184.

apenas aos casos mais graves, “quando houver uma efetiva dificuldade de acerto da prova ou quando houver uma séria contradição entre a acusação e a defesa.”<sup>817</sup>

Mas o que há, nestes casos, é uma dificuldade em termos probatórios, que nada diz com o rito. É claro que o desenvolvimento da criminalidade exige também novos meios de prova (a ver-se pela prova pericial realizada nos computadores nos casos de pedofilia via internet), mas, repita-se, isso não afeta o procedimento.

Isso sem falar que esse discurso da gravidade do crime é deveras perigoso e, de regra, afeto ao neopunitivismo, como se percebe da explicação de ANTONIO SCARANCE FERNANDES, ao comentar o sistema norte-americano, dizendo que “no figurino americano, ***o promotor resolve por uma solução consensual por critérios subjetivos, preferindo levar a júri os casos de maior repercussão política e de maior relevância político-social, desde que perceba haver chances razoáveis de condenação.***”<sup>818</sup> Esta é uma afirmação deveras preocupante, porque deixa absolutamente claro a que veio a justiça negocial (que admite aplicar pena a inocentes) e ainda a ausência de preocupação com o acusado e o processamento do seu caso. O que importa é a repercussão que o julgamento pode trazer para o Estado – eis a prevenção geral da pena e do processo penal.

Enfim, não há como saber, de antemão, se o caso é mais ou menos complexo só em razão do tipo de crime ou mesmo tendo em conta, como no caso brasileiro, o resultado da investigação preliminar. Tampouco é possível, se efetivo o princípio da presunção de inocência, considerar um caso mais simples (cujo processo, então, pode terminar mais rápido) porque o indivíduo foi preso em flagrante delito ou mesmo porque confessou a prática do crime. Esses casos merecem tanta apuração quanto aqueles em que não houve prisão em flagrante delito ou não houve confissão (ela, aliás, não é mais a rainha das provas). Isso porque, indo ainda mais longe, o mérito dos casos vai depender sempre de uma análise profunda da teoria do crime, inclusive da tipicidade conglobante, como quer EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI<sup>819</sup>, ou mesmo da imputação objetiva, como quer, por

<sup>817</sup> TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 470. (tradução livre)

<sup>818</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189-190. (grifos não constam do original)

<sup>819</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. v. III. Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 229-238.

exemplo, CLAUS ROXIN.<sup>820</sup> Isso significa dizer que o exame dos casos é sempre complexo, se feito de forma responsável. Evidente que o fato de ter sido o indivíduo surpreendido em flagrante vai incidir na formação do convencimento do magistrado, mas isso não faz do indivíduo culpado desde logo. Isso não exime as partes da discussão sobre o caso, porque não é democrático que se considere a prova já suficiente para condenar alguém. Quando no processo penal se fala em rito mais complexo, aí está embutido não só um elastecimento dos prazos processuais, mas sobretudo mais momentos de manifestação das partes, o que, afinal, é bom. Em outras palavras, rito simplificado, atualmente, significa rito mais célere: veloz e com pouca participação das partes, mormente da defesa.

Falam sobre isso, aliás, KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR, ao comentarem sobre as legislações processuais penais da América Latina, especificamente quanto aos ritos especiais:

quando o delito é de menor gravidade, os direitos do imputado se vêem limitados além do normal. Nos casos dos delitos que prevêm uma pena privativa de liberdade menor, funções de investigar e decidir se encontram em um mesmo magistrado – também naqueles países e nos quais ambas funções se encontram separadas. Desta maneira se viola o direito a ser julgado por um juiz imparcial e, em muitos casos, se passa diretamente a fazer judicial, por assim dizer sem uma investigação séria. Os atos de “prova” realizados pela polícia constituem a base sobre a qual se o limite posteriormente uma sentença. Em geral, na América Latina, se admite uma limitação aos direitos imputado no direito processo (*sic*) penal especial [...]<sup>821</sup>

Não tem razão, então, ANTONIO SCARANCE FERNANDES, ao ratificar a Exposição de Motivos da Lei Orgânica de 30 de abril de 1992 da Espanha, que assim está posta:

deve romper-se com a idéia de que todo procedimento exige igual desenvolvimento com desconsiderada indiferença às peculiaridades que cada um apresente. A experiência ensina que há casos em que desde o princípio são duvidosos os fatos, sua tipicidade, sua autoria ou as circunstâncias modificativas da responsabilidade, mas, em outros casos, estes dados aparecem com toda evidência. Esta diferença de circunstâncias exige uma diferença de tratamento.<sup>822</sup>

<sup>820</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoria del delito. Parte general. t.I. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2. ed. alemã. Madrid: Civitas, 1997, p. 204 e ss.

<sup>821</sup> AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 246.

<sup>822</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 183.

Eis uma postura que não se coaduna com os preceitos constitucionais, a começar pela presunção de inocência, como dito. Tal afirmativa quer justificar a desnecessidade de provas, ou de um cuidado maior com as provas, nos casos em que se tem, desde o princípio, maior evidência do fato ou de sua autoria. Em outras palavras, está o acusado condenado desde o início, então não é necessário perder muito tempo com o processo.

Ademais, repita-se, em sendo o processo o instrumento para aplicação de uma possível pena ao indivíduo e, como já se disse, instrumento de seletividade do sistema criminal, responsável pela produção de desigualdade entre os indivíduos, qual é, de fato, a diferença em se processar e condenar alguém por um furto simples e por um latrocínio? É menos importante o processamento do primeiro caso, por isso a ele deve ser destinado um rito mais célere? Não é necessário se ocupar tanto da instrução no primeiro caso como é no segundo?

O processo penal para acerto do caso penal é sempre o mesmo – o conteúdo é sempre o mesmo, tal como reconheceu já GIUSEPPE SABATINI<sup>823</sup>. Tanto isso é verdadeiro que seja qual for o caso o pedido que aparece na inicial acusatória é sempre o mesmo – ou a condenação, ou o mero processamento do caso.

Novamente, aqui, há que se tomar muito cuidado com o ponto de vista a ser considerado. Se se tomar o processo como um instrumento de defesa social, nos termos antes denunciados, de luta contra e exclusão do inimigo, os ritos – e os processos, afinal – serão cada vez mais velozes e “eficientes”, consoante também já

---

<sup>823</sup> SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 27: “Tra procedimento ordinario e procedimento speciale corre differenza da genere a specie. Non si tratta di differenza che si innesta sulla specialità dell’oggetto del processo; specialità che vale, invece, ai fini della distinzione tra procedimento principale e complementare. Nel procedimento speciale l’oggetto è sempre il medesimo, l’oggetto proprio della vincolazione principale e, quindi, del processo principale; appunto perciò il processo principale può assumere tanto la forma del procedimento ordinario quanto la forma del procedimento speciale.” “Entre procedimento ordinário e procedimento especial há diferença de gênero e espécie. Não se trata de diferença que se liga à especialidade do objeto do processo; especialidade que serve, ao contrário, para fins de distinção entre procedimento principal e complementar. No procedimento especial o objeto é sempre o mesmo, o objeto próprio da vinculação principal e, então, do processo principal; justamente por isso o processo principal pode assumir tanto a forma do procedimento ordinário quanto a forma do procedimento especial.” (tradução livre) Esclareça-se que, para o autor, os procedimentos complementares são, na realidade italiana, aqueles que se caracterizam com objetos autônomos do processo principal, porém a ele relacionado. São os procedimentos para aplicação de medidas de segurança, os procedimentos de extradição e os procedimentos para reconhecimento de sentença estrangeira (SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956, p. 36 e ss.).

demonstrado.<sup>824</sup> Em verdade, essa é a justificativa para o tratamento diferenciado de pessoas, traduzido em ritos especiais: é sempre uma questão de política criminal.

Mas, ao menos desde o ponto de vista do acusado, não há diferença. Em qualquer caso é sua vida que está em jogo e, como tal, qualquer processo que seja instaurado contra ele é dotado de igual gravidade. E a forma, o rito, não se pode esquecer, assume papel de garantia não só do acusado, mas também do Ministério Público e mesmo do juiz. É essencial ao processo assim como a efetivação do contraditório entre as partes (eis a importância de ELIO FAZZALARI).

Portanto, apesar da posição em sentido contrário de ANTONIO SCARANCE FERNANDES<sup>825</sup>, em não sendo justificável a especialização dos ritos em função meramente dos tipos penais, da complexidade dos casos (até porque nada obsta que um caso de furto simples seja mais complexo do que um de lavagem de dinheiro, repita-se) ou, o que é pior, em função dos supostos sujeitos ativos do crime, como o caso das ações penais originárias (aqui se viola, frontalmente, a igualdade), em sendo uma injunção constitucional o processo devido, garantidos o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade, a presunção de inocência, dentre outras garantias, e em se considerando a atual realidade da grande maioria dos destinatários do sistema penal, ou seja, dos acusados nos processos penais, parece adequado simplificar os procedimentos processuais penais, não para torná-los eficientes em termos neoliberais, mas para tornar efetivos os valores constitucionais.

É imperioso simplificar o procedimento para que as garantias se efetivem, inclusive aquela de autodefesa, já que a complexidade dos ritos atuais (que são mais de dez!) não se coaduna com a simplicidade da grande maioria dos acusados

<sup>824</sup> Kai Ambos e Fauzi Hassan Choukr, analisando as legislações processuais penais da América Latina reconhecem expressamente que “ante a elevada taxa de criminalidade que se observa na América Latina, o legislador se vê obrigado por razões econômicas a oferecer aos usuários do direito, procedimento simplificado soluções alternativas (*sic*). Entre as principais figuram o procedimento abreviado e a conciliação entre autor e vítima. Também cumpre um papel significativo a suspensão condicional e a introdução do princípio da oportunidade [...]”. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 265.

<sup>825</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181-182: “O que se faz, atualmente, é aprofundar a diversidade de procedimentos e, principalmente, permitir alternativas diferenciadas de solução para o mesmo caso, com flexibilidade dos procedimentos, caminhando-se em direção oposta à da persecução de um procedimento único e rígido. Em linhas gerais, tende-se a reservar o procedimento mais longo, composto por todas as fases essenciais de um procedimento-modelo, para a criminalidade complexa, grave, organizada, enquanto se alargam os procedimentos e as alternativas simplificadoras para as demais formas de criminalidade, quando não se vai além, optando-se, em relação às infrações menos graves, pela descriminalização ou pela adoção de um sistema híbrido entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.”

no processo penal. Lembrando as palavras de ROSANA GAMBINI MUSSO, “também no processo uma engenharia genética muito desenvolvida pode gerar monstros”<sup>826</sup>. O verbo continua o mesmo – “simplificar” – bem como seu objeto direto – “o procedimento” –, mas os fundamentos da conduta são outros: a democracia e a efetivação da Constituição. Simplificar, então, para tornar acessível ao maior número de pessoas, quando efetivamente necessária a intervenção estatal.

Pertinentes são as palavras de AURY LOPES JR., ao falar sobre o utilitarismo processual e a justiça negociada, especificamente quanto à velocidade do processo demandada pela eficiência neoliberal:

não que o *tempo do direito* esteja completamente correto. Há muito que evoluir na comunicação dos atos processuais e na simplificação de toda complexa malha burocrática que rodeia o processo, e que parece propositalmente alimentada para esconder as deficiências materiais e pessoais do Estado. Sem dúvida que o panorama atual é caótico e exige profundas modificações, a começar pelo ingresso nos foros de uma (pequena) parcela da moderna tecnologia que temos a disposição.

Sem embargo, como sói ocorrer, o caminho tomado é o equivocado.

Os juízes são pressionados para decidirem ‘rápido’ e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais ‘acelerados’, esquecendo-se que o *tempo do direito* sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar as necessárias maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado.<sup>827</sup>

Como bem lembra FRANCO CORDERO, ao comentar a reforma da legislação processual penal italiana, cuja realidade se aproxima em vários aspectos da brasileira,

alguns séculos de uma prática judiciária que não coleciona muitos títulos de glória fizeram-nos acostumar a considerar o “processo” como um labirinto; a procura do sutil e do complicado prevaleceu sobre o amor às soluções simples: a desconfiança no diálogo inspirou o culto da escritura, sicché non desta scandalo neppure a eventualidade de uma condenação após um simulacro de *dibattimento* resultante da leitura dos relatórios da polícia.<sup>828</sup>

<sup>826</sup> MUSSO, Rosana Gambini. Difesa e difensore nei sistemi di *negotiated justice*. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 629. (tradução livre)

<sup>827</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115-116. (destaques no original)

<sup>828</sup> CORDERO, Franco. La riforma dell’istruzione penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 3, luglio-settembre 1963, p. 725. (tradução livre)



Por uma questão de cidadania, todos deveriam conhecer o mínimo do processamento de um caso penal, para que se um dia fossem acusados, ou mesmo autores, tivessem as noções básicas de seu desenvolvimento e pudessem, assim, exigir o respeito aos seus direitos fundamentais. “Que ao menos todo mundo saiba de antemão quais são os passos fundamentais que vão seguir seu processamento e que sorte os espera!”<sup>829</sup>

A complexidade do direito e das leis deve ser mitigada aqui como exigência para assegurar o devido processo legal.

Atualmente é um pouco menos que enigmático e, às vezes, o juízo devido resulta uma entelêquia. A simplicidade com que a lei autoriza o câmbio dos procedimentos, como se nada tivesse ocorrido, degradou, de fato, a questão, com grave risco de lesão constitucional. Tão só a existência das garantias constitucionais permite articular um eficaz sistema de defesa relativo ao controle do procedimento. Do contrário, as nulidades processuais teriam desaparecido no juízo penal. Mas é óbvio que isso não deveria ser assim, porque o procedimento deve encarnar todas as garantias constitucionais.<sup>830</sup>

Como bem ressalta FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, embora suas palavras não passem de um alerta, sem que proponha algo para solucionar esse problema (ao contrário, em seu livro, após essa importante constatação, passa a falar dos ritos processuais, sem mais nada de novo acrescentar), “por desgraça, não existe um único procedimento penal tipo, com grave quebra da claridade que o indivíduo processado tem direito a reclamar nesta matéria.”<sup>831</sup>

Assim também se manifesta MARIO VALIANTE:

um processo penal ‘crível’ é necessariamente um processo *simples*, ou seja, linear e compreensível, não inutilmente complexo, mas ao contrário ágil e célere, consideradas suas linhas essenciais e o mais possível livre de derrogações e de exceções. As regras processuais devem ser precisas e claras, de tal modo que todos possam entendê-las e as utilizar conscientemente.<sup>832</sup>

Não há, assim, justificativas adequadas – ou melhor – sequer há justificativa para existência de tantos ritos especiais, sobretudo no Brasil. A doutrina contenta-se

<sup>829</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal**: sexta lectura constitucional. Barcelona: Bosch, 2000, p. 25. (tradução livre)

<sup>830</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal**: sexta lectura constitucional. Barcelona: Bosch, 2000, p. 26. (tradução livre)

<sup>831</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal**: sexta lectura constitucional. Barcelona: Bosch, 2000, p. 25. (tradução livre)

<sup>832</sup> VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975, p. 37. (tradução livre) (destaque no original)

com a descrição da existência de vários ritos, sem se preocupar com a efetiva justificação dessa diferenciação<sup>833</sup> – eis o estudo irracional das formas, já denunciado por GIUSEPPE CHIOVENDA, através do qual os cientistas giram em torno de si mesmo, conhecem as formas em seus mínimos detalhes, mas nada sabem sobre suas origens e nem sobre seus porques<sup>834</sup>.

E, além disso, os ritos processuais parecem pertencer àquela categoria que CHIOVENDA chamou de *formas residuais*, isto é, aquelas que surgem e são desenvolvidas em determinado contexto histórico e que acabam sendo incorporadas à vida diária da comunidade, de forma que com o passar do tempo, já que as regras processuais, de uma forma geral, demoram mais a serem modificadas do que as de direito substancial, os novos institutos passam a ser regidos pelas velhas regras formais, “como a água sempre nova do rio passa sob o velho arco da ponte”<sup>835</sup>, sem que as pessoas se preocupem muito com essa falta de correspondência entre elas.

E o que é deveras importante: desde o ponto de vista constitucional, especificamente da Carta de 88, não há impedimento para se pensar no fim de tantos procedimentos especiais para os processamentos dos casos penais. Além disso, diferente de outros países, no Brasil, considerando-se os princípios constitucionais e as estruturas legais dos diversos procedimentos, todos funcionam sob a mesma lógica (exigem o exercício da jurisdição, permitem a participação das partes, dentre outros elementos), ressalvado o rito dos juizados especiais, que permite a composição civil e a negociação de pena, que, como visto, foge à indefectibilidade da jurisdição penal. É possível, assim, uniformizar os ritos.

Não se quer, porém, um rito único (que não teria, porém, os problemas que normalmente se apontam quando se fala dessa questão na teoria do processo civil, da exigência das tutelas diferenciadas), mas se pretende a redução ao menor número possível, mormente em um sistema como o brasileiro que conta com mais de uma dezena de procedimentos distintos<sup>836</sup>, considerados, repita-se, apenas

<sup>833</sup> Veja-se, por todos, FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.180-184.

<sup>834</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Volume Primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 357.

<sup>835</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Volume Primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 363. (tradução livre)

<sup>836</sup> Mais uma vez, existem os seguintes ritos processuais penais: (1) **do CPP**: rito comum ordinário (arts. 394 a 405), rito comum sumário (arts. 531 a 538), rito para o processamento dos crimes dolosos contra a vida (arts. 406 a 497); rito para o processamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518); rito para o processamento dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523); rito para o processamento dos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-I);

aqueles destinados ao acerto do caso penal (ou seja, excluídos os incidentes, as cautelares, etc.), cuja divisão, ao menos quanto àqueles previstos no CPP, é reconhecidamente empírica e assistemática<sup>837</sup>, isto é, sem fundamento teórico. Aliás, a recente reforma do CPP, pela Lei 11.719/08 tendeu para essa simplificação, pois, de certa forma, determinou a aplicação de certas disposições legais a todos os demais ritos (salvo o do Júri), mesmo que subsidiariamente (art. 394, §§4º e 5º).

Na verdade, diante do texto constitucional, é possível se pensar em dois ritos: um para o processamento dos acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri (diante da regra inafastável do art. 5º, XXXVIII, da CR e da estrutura diferenciada do órgão colegiado), e outro para o processamento de todos os demais casos, incluindo os julgamentos das infrações de menor potencial ofensivo, considerada a disposição do art. 98, I, da CR<sup>838</sup>.

Ao mesmo tempo que se pretende a redução quantitativa do número de ritos, há que se pensar na estrutura que devem assumir esses novos ritos, de maneira que acolham todos os elementos antes trabalhados para efetivação do processo devido, especialmente o contraditório e a ampla defesa. Essa estrutura, para ser democrática e legítima, deve ser pensada de modo a respeitar os destinatários do ato final, de modo que garanta a eles a devida participação na formação do referido ato, tal como já defendia FELICIANO BENVENUTI<sup>839</sup>, e que o processo penal não seja, assim, apenas um instrumento de defesa social, de perseguição do inimigo, afeto ao sistema inquisitório. O processo e o procedimento devem ser, como visto, instrumentos de contenção do poder punitivo do Estado e

---

(2) **da legislação extravagante:** rito para o processamento dos crimes eleitorais (Código Eleitoral – Lei 4.737/65, arts. 355 a 364); rito para o processamento dos crimes de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, arts. 12 a 28); rito para as ações penais originárias (Lei 8.038/90, arts. 1 a 12); rito para o processamento dos crimes da lei de licitações (Lei 8.666/93, arts. 100 a 108); rito para o processamento das infrações de menor potencial ofensivo – rito comum sumaríssimo (Lei 9.099/95, arts. 77 a 83); rito para o processamento dos crimes que envolvem recuperação judicial e falência (Lei 11.101/05, arts. 183 a 188 – na verdade, não é propriamente um rito especial, já que a lei determina a aplicação do rito sumário, do CPP); rito para o processamento dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes (Lei 11.343/06, arts. 48 a 59). AURY LOPES JR. defende, ainda, a existência de um rito especial para os crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), já que há algumas particularidades previstas na lei. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 191. Assim, são, no mínimo, doze ritos distintos (pairando dúvida sobre o da Lei 11.101/05 e o da Lei 9.613/98).

<sup>837</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 402.

<sup>838</sup> Quanto à nomenclatura de *sumaríssimo* utilizado no inciso I do art. 98, CR, basta compreender que, ao simplificar os procedimentos, não haverá mais distinção entre o ordinário, sumário e sumaríssimo; na medida em que são todos simplificados, seriam todos, então, sumaríssimos.

<sup>839</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè, a. II, n. 11, gennaio/marzo 1952, p. 135 e 138.

todos os seus atos devem ser realizados sob essa idéia, para que seja possível pensar em um processo verdadeiramente legítimo e adequado. E, se assim é, se se deve levar em conta os destinatários do ato final, é imperioso que essas estruturas processuais levem em conta o acusado e sua condição. Por isso, é preciso pensar em estruturas processuais que levem em conta o acusado brasileiro, em ritos processuais que levem em conta a sua condição real, não apenas formal de sujeito de direitos.

Ademais, diante da tendência que atualmente pretende justificar a simplificação dos procedimentos, as novas estruturas devem fundar um processo legítimo, de preservação da liberdade, que não permite, então, uma sentença condenatória fundada em cognição sumária. A cognição, para aplicar uma sanção, deve ser exauriente e plena<sup>840</sup>, sob pena de tornar a atividade jurisdicional ilegítima. E a estrutura processual deve ser montada de modo a assegurar estas modalidades de cognição.

### 6.3. A estrutura dos novos ritos

Este momento é dedicado, então, a um primeiro ensaio sobre a estrutura que podem assumir os ritos simplificados no processo penal brasileiro. Um ensaio, teórico, porque evidentemente dependente de prova empírica, que, por ora, é impossível de ser obtida. A preocupação, não obstante, é não só de ser fiel aos fundamentos até então apresentados, mas também pensar em ritos que possam ser, ao menos em princípio, colocados em prática. É certo que tudo depende de uma conjunção de elementos estruturais prévios que, por si só, podem tornar a proposta impraticável, mas ao mesmo tempo, mesmo as condições prévias não são de impossível realização (a exemplo da estruturação das Defensorias Públicas), razão pela qual a tese ora se faz presente.

Necessariamente, diante de tudo o que já se discutiu, para atender à exigência de que não pode haver pena sem processo bem como, especialmente, o contraditório e a ampla defesa, os ritos pensados daqui para frente devem conter

---

<sup>840</sup> Sobre as espécies de cognição, ver, por todos: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

alguns elementos fundamentais: uma adequada defesa prévia, comunicação e participação das partes, juiz sem poder probatório, prevalência da oralidade, instrução concentrada e princípio da identidade física, manifestação das partes sobre a suspensão condicional do processo diante do juiz, a manifestação da defesa sempre ao final, decisões devidamente motivadas, previsão de recursos para todas as decisões.

Algumas propostas interessantes já surgiram e merecem comentários, especialmente porque elaboradas dentro da realidade latino-americana.

A primeira delas é a do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América. E o que interessa, efetivamente, para o trabalho: o Livro Segundo, que trata do procedimento comum, e o Livro Quarto, que trata dos procedimentos especiais. O projeto, apresentado em 1988 pelos professores JAIME BERNAL, FERNANDO DE LA RUA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e JULIO MAYER, apresenta como objetivo principal servir de base para as reformas das legislações processuais dos diferentes países da América Latina.<sup>841</sup>

Tal projeto apresenta, quanto aos ritos processuais para o acerto do caso penal, a proposta de um rito comum, que se realiza mediante três etapas: a preparação da ação pública (Título I do Livro Segundo), o procedimento intermediário (Título II) e o julgamento (Título III) e, além do rito comum, há a previsão de procedimentos especiais: (a) o *procedimento abreviado* (Título I do Livro Quarto), que poderá ser seguido quando o Ministério Público entender que a pena privativa de liberdade a ser imposta ao acusado não deva ser superior a dois anos ou que a pena a ser aplicada não deva ser de privação de liberdade; (b) o *julgamento por delito de ação privada* (Título II), rito aplicado apenas para os casos de ação penal de iniciativa privada; (c) *procedimento com menores* (Título III), para as infrações cometidas pelos menores de 21 anos; (d) *julgamento para aplicação exclusiva de medidas de segurança e correção* (Título IV); (e) *procedimento contra ausentes* (Apêndice I), para o acusado com domicílio ou residência desconhecido ou declarado revel; (f) *julgamento por jurados – júri* (Apêndice II, Julgamento por Jurados A); (g) *julgamento por jurados – escabinado* (Apêndice II, Julgamento por Jurados B); (h) *julgamento por faltas ou contravenções* (Apêndice III).<sup>842</sup>

<sup>841</sup> AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 224.

<sup>842</sup> Ver Anexo I.

Da análise do texto do projeto, a começar pelos seus princípios básicos (Livro Primeiro, Título I: *nulla poena sine iudicio*, imparcialidade do juiz, juiz natural, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, ampla defesa, interpretação restrita das regras que limitam os poderes daqueles que intervêm no procedimento), vê-se que duas questões fundamentais ainda não foram abandonadas: a gestão da prova nas mãos dos juízes e o discurso da busca da verdade. A disciplina adotada é basicamente aquela em que se autoriza a produção de provas de ofício, para, em princípio, suprir eventual falta das partes, como está expressamente explicado no art. 147 do projeto<sup>843</sup> e também no art. 272.<sup>844</sup> E, no que tange à busca da verdade, ela aparece no projeto sempre como objetivo a ser perseguido pelo Ministério Público (art. 250) e pelo Judiciário (art. 272), embora muitas críticas já tenham sido feitas a esse discurso, especialmente porque justificador do sistema inquisitório<sup>845</sup>.

---

<sup>843</sup> Art. 147. Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. 1. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320.

Art. 147. Objetividade, investigação judicial autônoma. Salvo se a lei penal dispuser o contrário, o ministério público e os tribunais têm o dever de procurar por si a averiguação da verdade, mediante os meios de prova permitidos e de cumprir estritamente os preceitos dos arts. 232, 250 e 272, parágrafo 1º. Durante o juízo, os tribunais só poderão proceder de ofício à incorporação de prova não oferecida pelos intervenientes nas oportunidades e sob as condições fixadas nos arts. 285, 289, 316, 317 e 320. (tradução livre)

<sup>844</sup> Art. 272. Recepción de la prueba. Vencido el plazo del art. 267, el tribunal ordenará practicar, en su caso, los medios de prueba pertinentes y útiles que fueron ofrecidos. También podrá ordenar de oficio los medios de prueba que considere útiles para la averiguación de la verdad.

Inmediatamente, expedirá los requerimientos de prueba documental, ordenará llevar a cabo las operaciones periciales y todo acto de instrucción que fuere imposible cumplir en la audiencia.

Cumplidos los actos preparatorios fijará audiencia pública, en la cual se recibirá la prueba correspondiente y se dará ocasión a todos los intervinientes que comparecieren para concluir acerca de sus pretensiones. El imputado podrá ser representado por un defensor si así lo pidiere.

Si nadie ofreció prueba, ni el tribunal considera necesario recibir algún medio de prueba, o la prueba incorporada fuere documental o de informes, el tribunal resolverá sin audiencia, conforme al artículo siguiente.

Art. 272. Recepção da prova. Vencido o prazo do art. 267, o tribunal ordenará a realização, se for o caso, dos meios de provas pertinentes e úteis que foram oferecidos. Também poderá ordenar de ofício a realização dos meios de prova que considere úteis para a averiguação da verdade.

Imediatamente expedirá os requerimentos de prova documental, ordenará a realização das provas periciais e todo ato de instrução que for impossível praticar em audiência.

Cumpridos os atos preparatórios, fixará data para audiência pública, na qual se receberá a prova correspondente e se dará oportunidade a todos os intervenientes que compareçam para falar sobre suas pretensões. O imputado poderá ser representado por um defensor, se assim o requerer.

Se ninguém ofereceu prova, nem o tribunal considera necessário receber qualquer meio de prova, ou a prova juntada for documental ou de informes, o tribunal resolverá sem audiência, conforme o artigo seguinte. (tradução livre)

<sup>845</sup> Art. 250. Objeto de la investigación. En procura de la verdad (art. 232), el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o

Ademais, o projeto mantém a estrutura de existência de vários ritos especiais, o que não se justifica, pelos mesmos fundamentos acima expostos. Traz, inclusive, um rito que seria especial porque dedicado aos acusados ausentes do processo penal, que é questionável não só porque permite o julgamento à revelia (seja ela voluntária ou involuntária, na medida em que se refere também aos casos em que não se sabe o paradeiro do acusado), mas também porque, como visto acima, a circunstância do réu estar ausente não enseja a existência de um rito especial para tanto, apenas regras específicas dentro do próprio rito comum.

Por outro lado, alguns aspectos positivos são merecedores de destaque. O projeto prevê para o rito comum um momento específico de análise da admissibilidade da acusação, que há de ser feito por um órgão jurisdicional diferente daquele que atuará no momento seguinte, caso a acusação seja admitida. A idéia de ser necessário um momento específico para o exame de admissibilidade da inicial acusatória, inclusive com a previsão até mesmo de interrogatório prévio do acusado pelo órgão de acusação, é fundamental e dá seriedade ao eventual recebimento da peça acusatória, postura que reflete uma preocupação adequada com o processamento dos indivíduos e suas conseqüências. Ademais, o interessante é que esse exame é feito por um órgão distinto daquele que, admitida a acusação, irá julgar o caso. Dessa forma, as provas colhidas pelo Ministério Público (que, no projeto, é responsável pela investigação preliminar) para fundamentar a denúncia podem, de fato, contribuir apenas e tão-somente para o juízo de admissibilidade da acusação, sendo possível, de alguma forma, proibir que esses elementos cheguem até o juiz competente para processar e julgar o caso.

Ademais, o projeto dá evidente destaque à imediatidade e à oralidade não só na fase intermediária, como regra (art. 272), de análise da inicial acusatória, mas também na instrução do processo penal (arts. 291 a 318), neste ponto afinado com as regras de um sistema processual de feição acusatória.

---

influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

Art. 250. Objeto da investigação. Na procura da verdade (art. 232), o ministério público deverá realizar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato, com todas as circunstâncias importantes para a lei penal, e os seus partícipes, procurando sua identificação e o conhecimento das circunstâncias pessoais que sirvam para valorar sua responsabilidade ou influenciem em sua punibilidade, verificando também o dano causado pelo crime, ainda quando não se tenha exercido a ação civil. (tradução livre)

Por fim, embora diversos outros comentários possam ser feitos ao projeto, mas que por ora são deixados para um outro momento, o mais interessante é que há nítida restrição às hipóteses de acordos de penas que possam ser formulados livremente entre acusação e defesa, e simplesmente homologados pelo Poder Judiciário. O máximo que o projeto se aproxima da justiça negociada pode ser observado em dois momentos: (a) no rito abreviado, em que a proposta de se seguir o rito abreviado feita pelo Ministério Público deve ter a anuência do acusado; (b) no rito para as ações penais de iniciativa privada, em que é prevista a conciliação entre as partes. No primeiro caso, porém, fica claro do art. 372 que o tribunal pode discordar da proposta feita pelo Ministério Público, determinando que o processamento do caso se dê pelo rito comum, se entender necessário um melhor conhecimento dos fatos ou antever a possibilidade de aplicação de uma pena superior à requerida. Há, assim, evidentemente, uma mitigação da possibilidade dos acordos de pena, embora, é verdade, sejam admitidos. No segundo caso, o projeto não deixa claro quais as consequências de eventual acordo entre querelante e querelado. Não prevê, por exemplo, a extinção da punibilidade em decorrência do acordo, embora preveja, no art. 382, que a retratação oportuna e as explicações satisfatórias são causas de extinção da ação penal.

De qualquer sorte, é certo que o projeto não adotou como uma de suas finalidades os acordos de pena, tampouco admite a aplicação de penas sem processo devido.

Outro projeto que merece comentários é o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, atualmente tramitando no Congresso Nacional Brasileiro.

Em suma, prevê a existência de ritos comuns e especiais. Os comuns são o ordinário (art. 258 a 270), sumário (arts. 271 e 272) e sumaríssimo (art. 273 a 301 – ou seja, traz-se para o corpo do Código, com pequenas modificações, o conteúdo da Lei 9.099/95). Ademais, fala-se do rito para as ações penais originárias (art. 302 a 308) e o rito dos julgamentos pelo Tribunal do Júri (art. 309 a 398).<sup>846</sup>

O referido projeto para reforma do atual Código de Processo Penal, em que pese ter muitos pontos positivos (a começar, por exemplo, pela implementação de um sistema processual de feição acusatória, como expressa o art. 4º, da redação

---

<sup>846</sup> Estes são os artigos do projeto original, oriundo do Anteprojeto de reforma do CPP e podem ser consultados no Anexo II. No Anexo III está o texto do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado, com as modificações realizadas, que mantém, sem embargo, os mesmos ritos.



original, e ainda a previsão de defesa prévia, por exemplo, no rito ordinário – art. 262, da redação original), especificamente quanto aos procedimentos, infelizmente não teve a mesma sorte. O que se percebe, já da própria exposição de motivos<sup>847</sup>, é que, em suma, manteve-se, porque tida como adequada, a estrutura procedimental do atual CPP (já com a reforma de 2008, pela Lei 11.719), com a previsão de ritos comuns e especiais, sem justificação alguma, ou seja, simplesmente se repete a tradição dos vários ritos, ainda que em menor número dos que atualmente existem no vigente Código (talvez porque se admitiu a idéia de que existem muitos ritos, o que é desnecessário, embora em nenhum momento isso tenha sido dito), não obstante se tenha, ao mesmo tempo, um discurso no sentido da efetivação das garantias constitucionais no processo penal.<sup>848</sup>

O maior problema está, ao que parece, na adesão inadequada às correntes noções de celeridade e efetividade do processo, aqui já criticadas, porque ligadas à justiça consensual<sup>849</sup>. Não só foram mantidos os institutos da composição civil dos danos e da transação penal no rito sumaríssimo, basicamente transferido para o texto do Código (o que, por si só, já demanda críticas), mas piorou o estado atual das coisas com a reformulação do rito sumário. Na proposta do projeto, uma vez recebida a acusação e designada a audiência de instrução, antes do início desta é

<sup>847</sup> Exposição de Motivos, item V: “Do ponto de vista instrumental, o anteprojeto acolhe os méritos de recentes reformas da legislação processual penal, notadamente as trazidas pela Lei nº 11.689, Lei nº 11.690 e Lei nº 11.719, todas do ano de 2008, além da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que alteraram, recente e profundamente, os procedimentos em processo penal.”

<sup>848</sup> Pertinente relembra as palavras de FRANCO CORDERO, ao falar sobre as disputas existentes nas discussões sobre a reforma da legislação processual penal italiana: “Ad esempio, la discussione non progredisce di un passo, quando si proclama che questo o quell’istituto sono intangibili perchè rappresentano un’eredità secolare. Meglio chiedersi se simili concrezioni storiche meritino d’essere conservate. Vi sono idee che non ammettono neppure il tentativo d’un approccio critico: accoglierle è un fatto mistico: ma il processo penale, nel nostro tempo almeno, non appartiene alla sfera del mistico quanto alla prassi ragionata.” CORDERO, Franco. *Linee di un processo di parti*. In: \_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 167. “Por exemplo, a discussão não progride sequer um passo quando se proclama que este ou aquele instituto são intangíveis porque representam uma herança secular. Melhor perguntar-se se tais concreções históricas merecem ser conservadas. Existem idéias que não admitem nem mesmo a tentativa de uma abordagem crítica: acolhê-las é um fato místico: mas o processo penal, pelo menos nos nossos tempos, não pertence à esfera do místico, mas sim da prática refletida.” (tradução livre) Eis exatamente o que ocorre quando se fala em rito comum e ritos especiais.

<sup>849</sup> Exposição de Motivos, item V: “[...] De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos. [...]”

possível que o Ministério Público, com a anuência do acusado e do defensor, requeira ao juiz a aplicação imediata de pena para crimes **cuja sanção máxima não supere oito anos**, desde que o acusado **confesse o fato e a pena seja aplicada no mínimo legal**, podendo ser a pena diminuída de 1/3 **se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das conseqüências do crime** recomendarem tal desconto. A pena aplicada pode, se cabível, ser substituída ou ser objeto de *sursis*, nos termos do arts. 44 e 77, respectivamente, do Código Penal. Por fim, feito e aceito o acordo, **o acusado está livre das custas e despesas processuais**.

Em outras palavras, a nítida influência norte-americana agora permite acordos sobre pena de prisão, para aplicar pena de prisão (contrariando o que até então se tinha com a transação penal, que justamente por permitir apenas a aplicação de penas restritivas de direitos ou multa tinha amenizado as discussões sobre a implementação, no Brasil, da justiça consensual em matéria penal<sup>850</sup>; a legitimidade da transação penal, se existente, tinha como pilar justamente o fato de que o indivíduo não seria preso ao fazer o acordo com o Ministério Público). Ademais, exige que o acusado confesse o crime, o que também não é exigido, aliás é repellido, nas situações de transação penal<sup>851</sup>. E prevê alguns “benefícios” ao acusado que aceitar o acordo: sua pena **pode** ser substituída por restritivas de direito ou multa ou ainda **pode** ser beneficiário da suspensão condicional da pena (benefícios, no entanto, que atingem todos os condenados que preencham os requisitos legais, isto é, não é um benefício do acordo em si) e, o mais curioso, o acusado **está livre das custas e despesas processuais** (as quais, de regra, por não atingirem o mínimo para ajuizamento da execução fiscal, não são executadas pelo Estado em situação de não pagamento...). São então, apenas discurso, não verdadeiros benefícios. Talvez o único benefício para o acusado, que não se sabe

<sup>850</sup> Aliás, deve-se lembrar que a não assunção de culpa nos acordos é recomendada pelos documentos internacionais sobre a justiça restaurativa, consoante visto no item 1.1.2.

<sup>851</sup> Veja-se, por exemplo, os comentários de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes: “Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164. Neste mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Junior: “A transação depende, evidentemente, da vontade do autor do fato, que para isso deve tomar conhecimento das implicações da aceitação da proposta: admissão implícita da culpa, mas não a declaração de que é culpado, o *plea of guilty* (o acusado se declara culpado em troca de uma acusação menos grave – este instituto não existe no Brasil); cumprir a pena aplicada.” TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à lei 9.099/1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 569.

até onde e se existe, é de que o processo termina antes, mais nada. Para o Estado, no entanto, muitos benefícios, já que se livra de mais um processo e aplica mais uma pena.

Por tudo o que até aqui se defendeu sobre a falta de fundamento da existência de vários ritos especiais e sobre a ilegitimidade da justiça contratada, a proposta do Projeto de Lei do Senado 156/2009, em que pese em muitos pontos avançada, na matéria de procedimentos deixou a desejar.

A terceira proposta que aqui se analisa é doutrinária e apresentada por ANTONIO SCARANCE FERNANDES<sup>852</sup>, que fala em um procedimento-modelo ou procedimento-tipo, dividido, em princípio, em quatro fases<sup>853</sup>: (a) fase de investigação; (b) fase de formulação da acusação e do exame de sua admissibilidade; (c) fase instrutória; (d) fase de julgamento, embora o faça com o objetivo de explicar as formas de simplificação atualmente conhecidas do processo penal<sup>854</sup>, inclusive porque é mesmo contra a idéia de um procedimento único para o processamento dos casos penais<sup>855</sup> e defende as atuais formas de simplificação do processo penal, como visto.

De qualquer sorte, o seu modelo (até porque curiosamente não pressupõe a estrutura dos acordos) parece ser adequado à efetivação de um processo devido e, portanto, que pode servir como ponto de partida para as propostas futuras sobre os ritos, tal como o que se faz na presente investigação.

A persecução penal, então, para se desenvolver de maneira apropriada, com respeito às garantias constitucionais, deve passar por quatro momentos, segundo o entendimento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

(a) um momento de investigação preliminar, que serve à apuração prévia do fato e de sua autoria, com objetivo de evitar acusações injustas, cujos elementos devem ser usados apenas para fundamentar a acusação e não como elementos de convicção do juiz no julgamento do caso, a ser realizada conforme o sistema de

<sup>852</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-176.

<sup>853</sup> Em princípio porque embora enumere, num primeiro momento, as quatro fases, logo em seguida explica que a primeira, na verdade, não faz parte do esquema procedimental. FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-74.

<sup>854</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73-74.

<sup>855</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

cada país, ou pela polícia, ou pelo Ministério Público, ou pelo juiz instrutor e, mais recentemente, admitindo-se também a realização de investigação pela defesa.<sup>856</sup>

(b) um momento reservado à formulação da acusação, à reação defensiva à imputação e ao exame da viabilidade da acusação, a ser realizado mediante audiência, momento este sob nítida inspiração da tradição anglo-americana da *preliminary examination, preliminary hearing* ou *examination trial*.<sup>857</sup>

(c) uma fase de instrução, caracterizada pela oralidade e concentração dos atos de prova, realizada necessariamente com a presença do acusado, destinada à colheita de elementos probatórios para amparar a próxima fase, a decisória.<sup>858</sup>

(d) uma fase de julgamento, que, para o autor, abrange o momento das manifestações finais das partes, especialmente sobre as provas, e o ato final de decisão do juiz (singular ou colegiado). A manifestação das partes é obrigatória e deve obedecer necessariamente à seguinte ordem: primeiro se manifesta a acusação, depois a defesa. De regra, as provas colhidas durante a investigação preliminar não podem ser utilizadas como fundamento para a decisão do juiz, salvo se não puderem ser repetidas. Ademais, para garantir que o magistrado não tenha acesso a tais provas, os autos de investigação preliminar não devem ser juntados aos autos do processo e não deve ser permitida a leitura dos termos a eles referentes nos julgamentos por órgãos colegiados. Ainda neste tema, deve se assegurar que o juiz que participou de alguma forma da investigação preliminar não deve ser o mesmo responsável pelo julgamento do caso.<sup>859</sup>

Evidentemente que essas são as linhas gerais a serem consideradas na estrutura da persecução penal e demandam um necessário e complexo detalhamento das regras que devem ser observadas em cada uma das fases. Mas o esquema base é interessante e efetivamente adequado a um processo que precisa ser devido e legal, razão pela qual, com algumas alterações, ora se adota como o parâmetro de trabalho.

Assim, a proposta deste trabalho é de que persecução penal abranja quatro momentos: (1) a fase pré-processual de coleta de elementos que podem servir de

<sup>856</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74-103.

<sup>857</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104-130.

<sup>858</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131-146.

<sup>859</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 147-176.

subsídio para o oferecimento ou não da ação penal; (2) uma fase destinada ao exame de admissibilidade da acusação formulada; (3) uma fase destinada a instrução; (4) uma fase decisória.

Além disso, por conta das considerações feitas e da posição que se adotou na presente investigação em face da justiça consensual em matéria penal, os ritos que serão propostos não admitirão qualquer sorte de acordos entre partes a fim de evitar o processamento adequado dos casos penais, seja nas ações de iniciativa privada, seja nas ações de iniciativa pública. Os acordos no processo penal não só não são verdadeiros acordos como também retiram do acusado a chance de ter um processo devido, por isso são ilegítimos desde a perspectiva de um processo penal de garantias, como se viu<sup>860</sup>.

Está-se ciente de que tal postura encontra atualmente um obstáculo no art. 98, I, da Constituição da República, mas isso não a torna impossível. Não há impedimento para alteração da previsão do artigo 98, regra constitucional originária, por meio de emenda constitucional, já que não é cláusula pétrea (art. 60, §4º, CR/88), a fim de que sejam suprimidas as expressões “e sumariíssimo” e “a transação”, que resultaria, então, na seguinte redação: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento eminentemente oral, permitido, nas hipóteses previstas em lei, o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”. Assim, estaria mantida a competência dos Juizados Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não supere dois anos), cujos processos seguiriam o rito que adiante se propõe para todos os casos que não são os do júri e que, atendendo ao ditame constitucional, pelas características que agora possuirá, será mesmo prevalentemente oral e concentrado o suficiente para assegurar o devido processo legal.

Seguem, então, as considerações gerais sobre os momentos da persecução penal, após o que se faz, ao final, a proposta dos novos ritos.

---

<sup>860</sup> Segundo considerações apresentadas sobretudo no item 1.1.2. do trabalho.

### ***(1) A fase pré-processual***

A fase pré-processual deve servir à coleta de subsídios pelo autor da ação penal para a provocação do Estado-juiz, a fim de que este se manifeste sobre um determinado caso penal. Essa coleta, no entanto, há de ser diferente da atual estrutura, que permite a ampla utilização desses elementos probatórios colhidos quase que secretamente depois, no processo. Da fase pré-processual não há como fugir se se quer um sistema em que se evite, ao máximo, as acusações infundadas. Não parece ser possível defender que toda a prova seja levada diretamente a juízo, já com a instauração do processo (afinal, haverá procedimento em contraditório).

Aliás, a recente reforma do art. 156 do Código de Processo Penal, neste ponto, prestou um grande desserviço ao contraditório, sobretudo, além de aumentar sobremaneira os poderes instrutórios do magistrado, estendendo-os para o momento anterior à própria instauração do processo.

Para apresentar a acusação – ou ao menos o caso penal – em juízo, a parte autora, legítima a depender do tipo de ação penal, deve juntar ao menos um início de prova não só da existência do delito, mas também de sua suposta autoria (eis a justa causa). Em que pese tal ponderação, não se pretende, nesta investigação, adentrar o tema da investigação preliminar, nem mesmo da ação penal e suas condições. Só o que se pretende deixar consignada é a tendência em se aceitar que haja alguma atividade de colheita de elementos probatórios antes do processo.

Em que pese as críticas feitas à atual preponderante forma de investigação preliminar – o inquérito policial<sup>861</sup> – ou mesmo as propostas de ampliação da participação da defesa nesta fase da persecução penal<sup>862</sup>, de fato há que se ter alguma forma de fundamentar o exercício da acusação. É possível se pensar aqui naquilo que defende JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA<sup>863</sup>, sobre a função preparatória e preservadora da instrução preliminar. Embora esteja a falar do juízo de instrução, no Brasil atualmente só presente no rito aplicado aos julgamentos pelo

---

<sup>861</sup> Ver, por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano**. Inédito; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível como sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 253-262; LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 69-75.

<sup>862</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>863</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 1-32.

Tribunal do Júri, a idéia pode ser transplantada, por analogia, para a investigação preliminar.

De fato, o objetivo da investigação preliminar, tal como concebida no Brasil, é mesmo fundamentar o exercício da ação penal e, assim, visa, em última análise, o chamado juízo de acusação, ou seja, a manifestação do Judiciário sobre a possibilidade de processamento de uma acusação formulada em juízo. Se assim é, tal como a instrução preliminar judicial, é possível afirmar que há, na investigação preliminar, também uma função preparatória e uma função preservadora.

No que tange à função preservadora, tem a investigação preliminar o objetivo primordial de preservar os indivíduos e evitar acusações infundadas, especialmente por conta do mal irreversível que a intervenção do Estado, valendo-se de seu poder punitivo, pode causar sobre os homens. Sobre isso, embora, repita-se, falando da instrução preliminar, manifesta-se CANUTO:

a instrução preliminar é uma 'instituição indispensável à justiça penal'. Seu primeiro benefício é '*proteger o inculpado*'. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos, de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidos a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções.<sup>864</sup>

Assim também entende AURY LOPES JR., defendendo ter a investigação preliminar a função de evitar acusações infundadas, caracterizando-se como verdadeiro filtro processual.<sup>865</sup> Ademais, além de evitar acusações temerárias, também a investigação preliminar serve a evitar a movimentação desnecessária da máquina judiciária.<sup>866</sup>

É bem verdade, no entanto, que toda essa atuação da defesa depende de sua possibilidade de participar da investigação preliminar, o que não permite a estrutura do Inquérito Policial, a despeito do disposto no atual art. 14 do CPP<sup>867</sup>. Mas na estrutura que ora se propõe, a idéia é que essa preparação inicial dos elementos probatórios, por parte da defesa, dê-se após a notificação do acusado para

<sup>864</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11.

<sup>865</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

<sup>866</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17.

<sup>867</sup> CPP, art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

preparação da sua defesa prévia, a ser apresentada na audiência preliminar, como se verá adiante. Desse modo, pertinente as idéias dos autores acima expostas.

Isso já remete à outra função da investigação preliminar, qual seja, a preparatória. A idéia é de que tanto a acusação quanto a defesa apresentem elementos para embasar a decisão de admissibilidade ou inadmissibilidade do processamento do caso penal. É certo, no entanto, que esses elementos só deveriam servir para efeitos da admissibilidade da acusação (ao que já pode reagir a defesa, também apresentando elementos probatórios) e depois, em juízo, seriam reapresentados e reforçados – se possível, salvo as irrepetíveis, como o exame de corpo de delito – com outros elementos de prova. É a chamada função endoprocedimental da investigação preliminar.<sup>868</sup>

Por fim, ainda, necessário destacar que a existência de uma fase pré-processual cumpre também uma função simbólica de proteção do cidadão, já que é capaz de atuar como freio aos excessos cometidos pelos responsáveis pela investigação preliminar, vez que, uma vez formalizada, permite incidir no caso concreto as garantias individuais do investigado, bem como a atuação fiscalizadora do Poder Judiciário. Além disso, cumpre uma função simbólica para a sociedade, já que reflete uma imediata atuação estatal com vistas a restabelecer a tranquilidade social abalada pela ocorrência daquele fato a ser investigado.<sup>869</sup>

## ***(2) A defesa prévia e o juízo de admissibilidade da acusação formulada***

Aqui então parece surgir a possibilidade de uma defesa prévia. Nos ritos novos, a idéia é de que a admissibilidade do processamento do caso seja analisada pelo juiz quando já ciente de argumentos não só da acusação, mas também da defesa.

É importante salientar que a adoção da teoria de ELIO FAZZALARI merece alguns esclarecimentos neste momento de formação do processo. Nos termos propostos por FAZZALARI,

há processo, em resumo, quando no *iter* de formação de um ato exista

<sup>868</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237.

<sup>869</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54-55.



contraditório, ou seja, quando seja permitido a vários interessados de participar da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o juiz deve tomar conhecimento, cujos resultados este pode até desatender, mas não pode ignorar.<sup>870</sup>

Neste passo, para que exista o processo é necessário que haja as partes, que trabalham dialeticamente diante de um juiz, que é responsável pelas decisões do caso, pela concretização da função jurisdicional, que tem por objetivo último o ato final, a sentença, que acerta o caso penal. Logo, não há processo enquanto não há a soma de todas essas atividades, a das partes e a do juiz, o que permite concluir, então, que o momento de formação do processo é justamente o do juízo de admissibilidade da acusação oferecida, após e diante da manifestação das partes.

Evidente que desde que a ação é oferecida em juízo já há um procedimento a ser seguido e até mesmo uma manifestação do juiz quando determina a intimação e notificação da defesa para se manifestar, mas essa atividade é quase que meramente administrativa, pois não contém qualquer conteúdo decisório. Por isso, é mesmo com a manifestação das partes e com a decisão do juiz sobre o recebimento ou não da acusação que o processo penal se forma. Claro que tudo o que ocorre antes do juízo de admissibilidade desaparece se este for negativo e se tal decisão transitar em julgado.

Desse modo, ao chegar em suas mãos a acusação formulada contra alguém, o magistrado, imediatamente, determina a notificação do acusado para que prepare sua defesa e já designa, em seguida, data, dentro de um prazo estabelecido pela lei, para a realização da audiência preliminar, em que todos os argumentos serão ouvidos pelo juiz a fim de que resolva sobre a admissibilidade da acusação.

Essa notificação deve ser feita pessoalmente ao acusado, via mandado, carta precatória ou carta rogatória. Excepcionalmente, a notificação pode ser ficta, nos casos do indivíduo se encontrar em local incerto e não sabido ou se estiver fugindo da notificação (que pode até ser aceita com hora certa, desde que se apliquem as mesmas conseqüências da notificação via edital, do que se fala logo em seguida). E, por prudência, caso notificado por modalidade ficta (seja por edital, seja com hora certa), se não comparecer à audiência preliminar e tampouco constituir um advogado para tanto, o caso (e não o processo, pois o contraditório não se efetiva)

---

<sup>870</sup> FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, 1958, p. 869-870. (tradução livre)

fica suspenso (pois não se deve admitir a instauração e o desenvolvimento de um processo penal à revelia do acusado nestes casos em que muito provavelmente não tomou ciência da acusação), suspenso também o prazo prescricional, mas isso tudo previsto em lei de uma maneira mais adequada do que o atual art. 366 do CPP, que tantos problemas trouxe.<sup>871</sup> No entanto, parece razoável entender que, uma vez notificado validamente, em sendo a autodefesa disponível, o acusado não é obrigado a comparecer à audiência se não quiser; no entanto, a presença do defensor é obrigatória.

E em que pese ainda que não totalmente, ao menos por ora, é possível então pensar na adoção, numa proporção bem maior que a atual, mesmo após as reformas de 2008 do CPP, da oralidade no processo penal.

Já nesse momento da audiência preliminar é possível propor que tanto a acusação quanto a defesa deduzam seus argumentos oralmente e apresentem os elementos de prova de que já têm posse (lembrando que o juiz não tem qualquer iniciativa probatória). É bem verdade que a acusação já foi formulada por escrito e entregue ao juiz natural do caso, mas tal peça é apenas um breve resumo da acusação, podendo ser feita mesmo nos moldes do extinto libelo acusatório. Essa apresentação da acusação por escrito parece fundamental para que possa o juiz intimar o acusado e para que ele saiba os termos – ainda que iniciais – da acusação. Se inclusive isso fosse feito diretamente na audiência preliminar, haveria, quer parecer, cerceamento de defesa, já que esta não poderia ser preparada com antecedência, visto não se saber o conteúdo da acusação.

Nesta audiência, então, num primeiro momento, após ouvir as partes, faria o magistrado o juízo de admissibilidade da acusação que, em primeiro lugar, teria como fundamento a análise da presença ou não dos pressupostos processuais e das condições da ação penal, genéricas e, quando exigidas, as específicas<sup>872</sup> e, em segundo lugar, a análise de circunstâncias que excluem os elementos do tipo penal,

---

<sup>871</sup> Sobre o tema, ver, por todos: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A suspensão do processo penal pelo não-acolhimento da citação por edital. **Enfoque Jurídico**. Brasília, TRF – 1ª Região, edição 03, p. 6-7, outubro 1996. Há de ter, então, uma regra processual específica tratando da necessidade da suspensão do caso nos casos de notificação ficta e, quiçá, da autorização de produção de provas consideradas urgentes (merece maior reflexão, que por ora não se faz, a questão da decretação da prisão preventiva). Outra regra, em texto separado, deve tratar da suspensão da prescrição e ainda determinar que o prazo máximo dessa suspensão, ou ainda estabelecer que a suspensão do caso, nessas situações, é causa interruptiva da prescrição, como sugere COUTINHO, no texto aqui mencionado.

<sup>872</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, a. 18, n. 70, p. 49-58, abril/junho 1993.

podendo, inclusive, levar à absolvição do acusado.

O primeiro momento, pode-se dizer, seria mesmo para verificação da existência de um *caso provável* (uma adaptação possível da *probable cause*), o que é recomendável em prol do acusado e até mesmo da sociedade, que também não deve se sentir confortável com acusações infundadas, consoante reconhecem KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR:

para flexibilizar a atuação da justiça criminal dentro das idéias de garantismo e eficiência, é de todo recomendável a criação de uma fase intermediária entre o oferecimento da inicial e seu recebimento para que seja exercitada a verificação da *probable cause*, [...]. Na verdade a introdução desse momento configura aspiração nos movimentos de aprimorador (*sic*) dos códigos de processo penal. A maleabilidade preconizada colocaria fim às distorções do sistema como hoje encontradas. De um lado, preservar-se-ia o modelo acusatório, propiciando ao titular da ação penal a valoração do acervo investigatório durante o seu transcurso de forma exclusiva. De outro, conferir-se-ia ao julgador a possibilidade mais elástica de verificação da viabilidade da ação penal mesmo antes de seu nascedouro, sem ofender o paradigma da distribuição das funções preconizada no sistema acima. Para o acusado haveria a possibilidade real de não submetido injustamente à persecução penal do Estado, tendo sua liberdade indevidamente comprometida.<sup>873</sup>

Ou ainda, como pondera AURY LOPES JR., essa fase de admissibilidade da acusação, que ele chama de fase intermediária (“elo de ligação entre a investigação preliminar e o processo ou o não-processo”<sup>874</sup>), é fundamental para reduzir a chamada cifra da injustiça (número de inocentes processados e por vezes até condenados), que é absolutamente injustificável.<sup>875</sup> Isso para não falar dos efeitos maléficos causados já pelo oferecimento da ação, fundado num estado de angústia desmedido, que se prolonga, no mínimo, até o final do processo.<sup>876</sup>

A proposta da existência dessa fase aplica-se, inclusive, ao rito dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Até para que se encerrem, definitivamente, as discussões sobre as tão controvertidas decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária, porque, embora diga a doutrina tradicional<sup>877</sup>

<sup>873</sup> AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 72-73.

<sup>874</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

<sup>875</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 57.

<sup>876</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58-60: “O sofrimento da alma é um custo que terá que pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor como maior seja a injustiça a que esteja sendo submetido.”

<sup>877</sup> Assim explica JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao falar do sumário da culpa, no rito do Júri: “A

que não há, nesse momento, análise do mérito pelo juiz competente para o *jus accusationis* – pois isso ofenderia a competência do juiz natural da causa, o júri –, fato é que há sim essa análise (e não só na absolvição sumária<sup>878</sup>), pois há exame de autoria, de prova da materialidade, da classificação jurídica da conduta (para verificar se não é caso de desclassificação), da inexistência de excludentes, e, então, quando pronunciado, o acusado já leva consigo ao júri a presunção de culpabilidade.

Acabar com esse “sumário da culpa” e trazer o exame da admissibilidade da acusação para o início do processo não só parece atender uma adequada economia processual, mas sobretudo não mais subtrai o exame do mérito do juiz natural para o caso penal. No entanto, uma particularidade se impõe, nesta hipótese, a fim de dar cumprimento a este último elemento: o juízo de admissibilidade, no rito do júri, na audiência preliminar, só pode versar sobre as questões processuais, ou seja, inépcia da inicial, pressupostos processuais e condições da ação. Questões sobre o tipo penal, no entanto, devem ser levadas ao júri popular.

Na seqüência, ainda na mesma audiência, uma vez admitida a acusação, passa o magistrado para a análise da proposta da suspensão condicional do processo, que deve ser definitivamente catalogada no rol dos direitos subjetivos do

---

finalidade da *instrução preliminar* ou do *juízo da formação da culpa* é exclusivamente processual, porquanto dêle decorre a possibilidade ou não, de ser instaurada a fase procedimental do *judicium causae*, em que, então, se decidirá sobre o conteúdo da acusação, ou pretensão punitiva, isto é, o próprio *meritum causae*. Portanto, o pronunciamento jurisdicional, com que se encerra a formação da culpa, tem efeito preponderantemente processual: se de inadmissibilidade da acusação (ou de *impronúncia*) consiste êle em verdadeira *absolutio ab instantia*; se de admissibilidade, ou sentença de pronúncia, determina que se prossiga na relação processual, para que o réu seja submetido a julgamento em que se decidirá o litígio penal.” MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 212-213.

<sup>878</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, por exemplo, reconhece a análise de mérito na absolvição sumária. MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 217. Assim também GUILHERME DE SOUZA NUCCI, defendendo, inclusive, a constitucionalidade da decisão de absolvição sumária e de desclassificação: “A possibilidade de o magistrado togado evitar que o processo seja remetido e julgado pelo Tribunal Popular está de acordo com o espírito da Constituição. A função dos jurados é a análise de *crimes dolosos contra a vida*. Portanto, a inexistência de delito ou a alteração da tipicidade, passando a infração penal para a competência de juiz singular, faz cessar, incontinenti, a competência do júri. Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu, da falta de culpabilidade, da inexistência do fato, da sua atipicidade ou da inocência do réu, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim e a instrução (*sic*) realizada em juízo seria totalmente despicienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, por dúvida intransponível, um *crime doloso contra a vida*. ” NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 96-97. (destaques no original) As palavras de NUCCI, ainda que esta não tenha sido sua intenção, corroboram a idéia de que, de fato, o juiz togado analisa o mérito no final da primeira fase do rito do júri, bem assim que ao pronunciar o acusado faz com que este leve consigo uma presunção de culpabilidade.

acusado, de modo que, preenchidos os requisitos legais, passe a ser um dever do juiz fazê-lo e não uma faculdade atribuída ao Ministério Público de propô-la.<sup>879</sup>

<sup>879</sup> O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se manifestaram sobre esse tema diversas vezes, entendendo, em síntese, não ser a suspensão condicional do processo um direito subjetivo do acusado. Seguem alguns acórdãos e uma súmula do STF que ilustram os posicionamentos dos e. referidos Tribunais.

REsp 134952/SP, 5ª T. Rel. Min. Edson Vidigal, j. 06/10/1998; Resp 596374/SP, 5ª T, Rel. José Arnaldo da Fonseca e RMS 8719/MG, 5ª T, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 03.09.1998: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. LEI 9099/95, ART. 89. SUSPENSÃO DO PROCESSO "EX OFFICIO". IMPOSSIBILIDADE. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. Admite-se, "in casu", o uso do mandado de segurança para combater o ato do juiz que, "ex officio", determina a suspensão do processo com base na Lei 9.099/95, por ser prerrogativa do Ministério Público. O Excelso Pretório "construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o promotor de justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Firmou-se, assim, o entendimento de que, tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (CF, art. 127, § 1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada promotor." Recurso parcialmente improvido.

EREsp 184697/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23.06.2004: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ART. 89 DA LEI N.º 9.099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONCESSÃO EX OFFICIO PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. 1. É vedado ao juiz oferecer a suspensão condicional do processo ex officio ou a requerimento da parte, uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público. 2. Havendo divergência entre o Juiz e o Promotor de Justiça acerca da proposta de suspensão condicional do processo, os autos devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. 3. Embargos de divergência acolhidos.

HC 48079/SP, 5ª T, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.06.2006: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 334 DO CP. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95). RECUSA DO PARQUET EM OFERECÊ-LA. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. CONCESSÃO EX-OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS. I – O juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, ex vi art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c os arts. 129, inciso I da Carta Magna e 25, inciso III da LONMP, que venha a oferecer o sursis processual ex officio ou a requerimento da defesa. II - O Ministério Público ao não ofertar a suspensão condicional do processo, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal. Ordem denegada.

STF, HC 84342/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 12.04.2005: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela. Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada.

STF, HC 84935/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.12.2004: HABEAS CORPUS.

Admitida a acusação e não realizada a suspensão condicional do processo, o juiz, ainda na audiência preliminar, cita o acusado, formalizando definitivamente a existência de um processo contra ele, e designa data para a audiência de instrução ou para a sessão do Júri, se o caso envolver um crime doloso contra a vida.

### **(3) A fase de instrução**

O momento da instrução do processo é complexo e delicado, seja pelos atos que nele se realizam, seja pelo número de pessoas que dele participam. Por isso, há que seguir uma disciplina rigorosa aliada a um poder de organização e direção bem desenvolvido. E, para assegurar que a instrução seja, de fato, uma fase em que se tutela a inocência e a liberdade dos indivíduos, pressuposta a estrutura processual fundada no princípio dispositivo, pela qual o juiz não tem qualquer iniciativa probatória, deve ser regida por cinco princípios fundamentais: (a) contraditório; (b) concentração; (c) imediatidade (onde está inserida a identidade física do juiz); (d) oralidade; (e) publicidade, todos reciprocamente condicionados e ligados entre si.<sup>880</sup>

Assim, opta-se pela audiência de instrução una e tal escolha se dá a fim de que haja maior concentração da instrução probatória e, também, a fim de que seja mais possível dar cumprimento ao princípio da identidade física do juiz. Isso não significa, porém, que não possa se desdobrar, a depender da quantidade de réus e da quantidade de fatos imputados.<sup>881</sup> Além disso a opção se dá por se entender, na esteira de FRANCO CORDERO, que o contraditório na formação das provas é exigência de um processo afeto à civilidade.<sup>882</sup>

---

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ABORTO. EXTENSÃO A CO-DENUNCIADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado; sua concessão é de competência exclusiva do Ministério Público, sempre de maneira fundamentada (Súmula 696). A inextensão do benefício ao co-denunciado pelo crime de aborto não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório, visto que se encontra devidamente motivada. Ordem denegada.

STF, Súm. 696: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

<sup>880</sup> FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, ottobre-dicembre 1963, p. 1037-1039.

<sup>881</sup> Esta mesma opção foi feita, inclusive, no PLS 156/2009, consoante o art. 265, §1º (*Se possível, todos os atos serão realizados em audiência única, facultando-se ao juiz o fracionamento da instrução quando for elevado o número de testemunhas*).

<sup>882</sup> CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: \_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 209: “Non c’è molto da scegliere: escluse la tortura, le informazioni anonime, la narcoanalisi e simili, il solo strumento ragionevole di cui si disponga è una discussione spinta a fondo, in cui ciascuno reciti il suo ruolo e non siano tollerati travestimenti; dove le prove siano acquisite di fronte alle parti e le fonti della decisione siano palesi.” “Não há muito o que escolher:

A proposta da audiência de instrução (assim como a da audiência preliminar) visa, sobretudo, prestigiar a imediatidade<sup>883</sup> e, de consequência, a oralidade<sup>884</sup> no processo penal. Isso não significa abandonar totalmente a forma escrita, que vem para documentar tudo o que é feito no processo, mesmo os atos orais<sup>885</sup>, até porque nem todas as fases do processo poderiam ser assim realizadas, conforme

---

excluídas a tortura, as informações anônimas, a narcoanálise e similares, o único instrumento racional do qual se dispõe é uma discussão feita a fundo, na qual cada um executa o seu papel e não são tolerados disfarces; onde as provas são adquiridas diante das partes e as fontes da decisão são evidentes.” (tradução livre)

<sup>883</sup> FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, ottobre-dicembre 1963, p. 1053: “Esigenza del dibattimento è che il suo svolgersi si attui con la diretta e costante partecipazione di tutte le persone che integrano l'ufficio della decisione in modo che la decisione stessa sia conseguenza di quella completa esperienza e quel completo impegno che è essenziale affinché il dibattimento risponda alla sua stessa ragione di essere. È questo il principio di immediatezza il quale si specifica in due regole, (a) quella della non delegabilità degli atti del dibattimento e (b) quella della immutabilità del giudice.” “Exigência do *dibattimento* é que o seu desenvolver-se se dê com a direta e constante participação de todas as pessoas que integram o ofício da decisão de modo que a decisão seja consequência daquela completa experiência e daquele completo compromisso que é essencial para que o *dibattimento* corresponda à sua própria razão de ser. É este o princípio da imediatidade, o qual se especifica em duas regras, (a) aquela da indelegabilidade dos atos do *dibattimento* e (b) aquela de imutabilidade do juiz.” (tradução livre)

<sup>884</sup> FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, ottobre-dicembre 1963, p. 1055-1056: “La oralità há innanzi tutto una funzione caratteristicamente strumentale rispetto agli altri principi del dibattimento perchè ne rende possibile o comunque più agevole l'attuazione: così rispetto al principio di pubblicità consente a tutto il pubblico la immediata e precisa intelligenza di tutto quanto si svolge; così rispetto al principio di immediatezza consente al giudice e agli uffici delle altre parti la contestuale valutazione degli atti del dibattimento e specialmente delle prove; rispetto al principio di concentrazione perchè l'oralità permette la più tempestiva e sollecita successione degli atti; infine – e massimamente – rispetto al principio del contraddittorio, perchè consente la più generale e completa partecipazione al dibattimento ponendo in grado gli uffici giudiziari di scambiare i propri giudizi con immediata possibilità di percezione e di reazione.” “A oralidade tem, antes de tudo, uma função caracteristicamente instrumental com respeito aos outros princípios do *dibattimento*, porque os torna possível ou, de qualquer forma, torna mais ágil sua atuação: assim, com relação ao princípio da publicidade, permite a todo o público a imediata e precisa compreensão de tudo o que acontece; com relação ao princípio da imediatidade, permite ao juiz e aos ofícios das outras partes a valoração contextual dos atos do *dibattimento* e especialmente das provas; com relação ao princípio da concentração, a oralidade permite uma mais tempestiva e solícita sucessão dos atos; enfim – e sobretudo – com relação ao princípio do contraditório, permite a mais geral e completa participação do *dibattimento*, permitindo ao juiz mudar os próprios juízos com imediata possibilidade de percepção e de reação.” (tradução livre)

<sup>885</sup> Interessante é a ressalva que faz JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA sobre a não oposição entre oralidade e escrita: “Quer em tal sentido lato, quer no sentido estrito de qualidade da expressão falada, a oralidade não se opõe processualmente à *escrita*, como parece à primeira consideração. A *escrita* é o meio – o mais importante, pois não o único – de *documentação*, suscetível de conservar, além de *atos orais*, *atos de inspeção direta*, e a que se recorre, por isso mesmo, para integrar na causa elementos que, sem eles, não poderiam senão rara e custosamente servir aos fins processuais. A diferença entre *procedimento oral* e *procedimento escrito* também é relativa e acidental. O mesmo procedimento pode ser escrito e oral: oral pela concentração dos agentes e atos da causa e do juízo; e escrito pela documentação de tais atos capaz de servir a fins eventuais da causa, no mesmo ou em outro grau de jurisdição.” ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 26. (destaques no original)

reconhecem KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR<sup>886</sup>. Mas a intenção é se valer dos benefícios da concentração da apresentação das provas, especialmente àquele que delas é o maior destinatário, o juiz, porque a oralidade, dentre outras coisas, é, aliás, decorrência da adoção de um processo acusatório, de “transparência republicana”<sup>887</sup>. E, no final das contas, a oralidade diminui os custos do processo, bem como aumenta a responsabilidade dos sujeitos participantes.

Ademais, a apresentação conjunta dos elementos ao juiz, concentrados em um mesmo momento e em um mesmo espaço<sup>888</sup>, para reconstrução do fato pretérito, propicia uma visão global do caso e, por certo, auxilia na formação de um juízo mais adequado sobre os fatos, tendo-se sempre em conta, no entanto, a parcialidade da reconstrução que será feita. Ainda que se tenha consciência da impossibilidade até mesmo fática de se concretizar a imediatidade em todos os atos do processo, ao menos quanto à produção probatória ela deve existir. Nos ritos para os crimes dolosos contra a vida, essa imediatidade se dá na sessão do júri, em que ocorrem a instrução e julgamento do caso, e as idéias da imediatidade aplicam-se perfeitamente também para o Conselho de Sentença (o que, aliás, de certa forma, já ocorre na estrutura atual, ressalte-se).

---

<sup>886</sup> AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 70.

<sup>887</sup> AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001, p. 70: “A adoção da oralidade significa desta forma o esforço em trazer para dentro do processo toda a complexidade ‘cênica’ dos protagonistas da relação processual penal, superando assim a tentativa inquisitiva contida na redução apresentada na fórmula *quod non est in actis, non est in mundo*. Em essência, a oralidade redimensiona a forma de produção de um determinado saber, importando numa nova relação entre os envolvidos na cena processual (para continuar-se com a linguagem de Hassemer), agora enfrentando-se diretamente e com isso influenciando de maneira assaz diferente a percepção do julgador para com o objeto do conhecimento. Dela decorre, igualmente, uma nova dimensão de outra garantia processual que é a da motivação das decisões, eis que produzida de uma forma distinta daquela presente no modelo escrito, a compreensão da causa pelo julgador. A oralidade apresenta-se desta forma como corolário indissociável do modelo acusatório de processo [...]”.

<sup>888</sup> FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, ottobre-dicembre 1963, p. 1047: “per esso il complesso degli atti, che costituiscono il dibattimento in tutte le sue fasi, devono svolgersi quanto è più possibile concentrati sia (a) nello spazio che (b) nel tempo. [...] Con riguardo al tempo la concentrazione si specifica nel principio di continuità per cui, una volta iniziato, il dibattimento deve svolgersi senza soluzione di continuità per giungere alla sua chiusura. Le ragioni della concentrazione sono ovvie e riguardano principalmente l’efficacia del dibattimento del quale vengono così assicurati l’ordine, la coerenza e l’unità.” “por isso o complexo dos atos que constituem o *dibattimento* em todas as suas fases devem-se desenvolver o mais concentrados possível, seja (a) no espaço, seja (b) no tempo. [...] No que tange ao tempo, a concentração se especifica no princípio da continuidade, pelo qual, uma vez iniciado, o *dibattimento* de se desenvolver sem solução de continuidade até seu encerramento. As razões da concentração são óbvias e visam principalmente à eficácia do *dibattimento*, para o qual são asseguradas, assim, a ordem, a coerência e a unidade.” (tradução livre)



Sobre os benefícios da imediatidade, merece transcrição uma interessante – ainda que longa – passagem da obra de CANUTO:

Autor e réu melhor se entendem na mediação do que à distância; e melhor entendem o juiz presente do que o juiz ausente.

O juiz também melhor os compreende vendo-os, ouvindo-os, sentindo-os litigar, do que tendo notícias do conflito.

A ação recíproca, da parte à parte ou das partes ao juiz, se opera com a simplicidade das discussões e exposições verbais, rápidas, vivas, em que a contrariedade dos desejos e a oposição imediata das provas dão aspecto global e concentrado à questão, em todos os seus elementos, possibilitando revides e soluções.

Os contendores que falam ao adversário ou ao juiz aquilo que querem despendem menor esforço do que os que escrevem ou mandam dizer; também possibilitam imediata e fácil compreensão de seus desejos, porque o adversário e o juiz, que ouvem, despendem menor esforço, por sua vez, do que os que lêem ou recebem notícia.

As explicações reclamadas pelos desejos, pedidos e ordens mal expressos ou mal entendidos requerem-se e dão-se em curtos instantes, quando os interlocutores se defrontam. Complicam-se e exigem novos dispêndios de tempo e de trabalho, se a distância que os separa depende, como sempre acontece, de transportes, ou documentação.

Devem as partes também conhecer de perto os meios de prova para melhor os compreenderem e, assim, aprestar-lhes a esgotar-lhes o conteúdo probatório. A inspeção ocular dos vestígios ou mesmo dos caracteres sensíveis do fato e a inquirição oral das testemunhas permitem exame detido das mais variadas notas, comparações de urgência e oportunas, confrontos inadiáveis, acurada pesquisa e interpretação de minúcias e aspectos dos sinais ostentados pela matéria das coisas, reperguntas e careações nos depoimentos e declarações ambíguas ou incompletas, contraditórias ou imperfeitas. Tais exames, comparações, confrontos, pesquisas, explicações, ficam, desde logo, no ato da produção, ao alcance dos três agentes do procedimento autor, réu, juiz. Isso poupa as suas energias e as semanas ou meses que teriam de gastar se estivesse, não na imediação, mas afastados do tempo e lugar da produção probatória.

A distância, em suma, dificulta a luta judiciária; e a imediação, ao contrário, beneficia a justiça. Autor, réu e juiz, concentrando as próprias atividades no tempo e no lugar da discussão e do julgamento da causa, melhor servem à economia processual e, com menor esforço e maior garantia, realizam os próprios objetivos.<sup>889</sup>

Todas as provas em direito admitidas podem ser levadas pelas partes à audiência, não sendo admitidas, assim, as provas ilícitas. Não haverá um controle prévio por parte do juiz das provas a serem produzidas pelas partes. Ele as rejeitará ou acolherá em audiência, oralmente, na presença das partes, justificando devidamente sua decisão. Serão examinadas, em primeiro lugar, as provas da acusação (documentos, testemunhas, perícias, dentre outras) e depois as da defesa. E o juiz, repita-se, não tem qualquer iniciativa probatória e tampouco determina, de antemão, que provas consente sejam produzidas.

<sup>889</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 20-21.

Ao final, deve ser ouvido o acusado que tem, por certo, o direito constitucional de permanecer calado, caso queira. Vale ressaltar que, se validamente notificado para comparecer à audiência o acusado não o fizer, sem justificar sua falta, a audiência se realiza com a defesa técnica, ante a realmente existente disposição da autodefesa, nesta hipótese.<sup>890</sup>

Na sequência, ainda em audiência, as partes oralmente fazem suas considerações finais sobre o caso ou o juiz permite a apresentação das derradeiras alegações por escrito, considerado um prazo mínimo estabelecido pela lei, que pode ser estendido pelo magistrado, se entender prudente diante da complexidade do caso concreto.<sup>891</sup>

#### **(4) A fase decisória**

Com as alegações finais, o magistrado fixa uma data, considerado um prazo máximo determinado na lei, para apresentação de sua decisão, também em audiência, na presença das partes.

Isso porque deve o juiz bem refletir para decidir, razão pela qual a imposição da decisão na audiência não seria o mais adequado. Lembrando as palavras já mencionadas de AURY LOPES JR., “não podemos sacrificar as necessárias maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado”<sup>892</sup>. As alegações finais até podem ser feitas em audiência porque as partes, ao final das contas, conhecem bem o caso e sobre ele estão debruçados já há algum tempo<sup>893</sup>,

<sup>890</sup> Assim também se manifesta GAETANO FOSCHINI, ao falar do *dibattimento* e da ausência voluntária do acusado, validamente comunicado da audiência. Com acerto, lembra que o acusado tem o direito de se defender e, portanto, de comparecer e participar da audiência, mas não tem o dever de assim proceder. De qualquer sorte, sua defesa está assegurada pela presença do defensor. FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, ottobre-dicembre 1963, p. 1044.

<sup>891</sup> Como bem lembra DIOGO RUDGE MALAN, a extrema concentração dos atos processuais também pode ser prejudicial à defesa (Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 170). Mas não só à defesa, também à acusação. O caso, se complexo, é complexo para ambas as partes e, em assim sendo, é razoável que se dê prazo adequado para manifestação de ambas, se se quer um processo devido e leal.

<sup>892</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115-116.

<sup>893</sup> Mais uma vez, então, fica clara a estruturação adequada da Defensoria Pública como condição de possibilidade da proposta do presente trabalho. De qualquer sorte, ainda que a médio ou longo prazo, é uma condição factível, sendo também, logo, factível a tese nesse ponto.

mesmo os mais complexos. Mas a decisão do juiz requer um tempo mais para reflexão, justamente porque, a rigor, toma conhecimento de todas as provas e ouve as partes (inclusive o acusado) apenas na audiência de instrução. Ele tem um tempo para decidir e depois apresenta sua decisão para as partes, em audiência designada, dias após o fim da audiência de instrução, para esse fim.

Feitas essas considerações, a proposta inicial seria, então, a divisão em dois ritos, que poderiam ser organizados da seguinte maneira, em linhas gerais:

***a) rito para o processamento dos acusados de crimes dolosos contra a vida***

1. Oferecimento da ação penal em juízo
2. Notificação do acusado para apresentar defesa prévia
3. Audiência preliminar – reapresentação dos termos da acusação, oferecimento oral da defesa prévia, apresentação dos elementos de prova até então colhidos pelas partes, juízo de admissibilidade da inicial acusatória (pressupostos processuais e condições da ação) e, em caso positivo, análise do cabimento da suspensão condicional do processo.
4. Admitida a acusação e não suspenso o processo, designa-se a data para a sessão do Tribunal do Júri.
5. Preparativos da sessão: sorteio dos jurados, notificação dos jurados sorteados, notificação das testemunhas arroladas pelas partes na audiência preliminar (caso requerido pelas partes), notificação das partes, etc.
6. Sessão do Júri – instrução perante o Conselho de Sentença, interrogatório do acusado, debates orais, veredicto e sentença.

***b) rito para o processamento dos demais casos***

1. Oferecimento da ação penal em juízo
2. Notificação do acusado para apresentar defesa prévia
3. Audiência preliminar – reapresentação dos termos da acusação, oferecimento oral da defesa prévia, apresentação dos elementos de prova até então colhidos pelas partes, juízo de admissibilidade da inicial acusatória

(pressupostos processuais, condições da ação, excludentes do tipo penal) e, em caso positivo, análise do cabimento da suspensão condicional do processo.

4. Admitida a acusação e não determinada a suspensão condicional do processo, designa o juiz data para a audiência de instrução.

5. Audiência de instrução: apresentação das provas, interrogatório do acusado e debates orais (salvo se o juiz consentir com a apresentação das alegações por escrito).

6. Decisão do juiz apresentada em audiência, a ser realizada alguns dias após o término da audiência de instrução.

É certo que são apenas modelos teóricos, que não de ser mais detalhados e, sobretudo, postos à prova, na prática. Mas, isso fica para o futuro. Os fundamentos estão lançados e, espera-se, são capazes de justificar a postura ora tomada e a proposta ora formulada, com vistas à implementação efetiva de um processo legal devido, em que todas as garantias constitucionais são asseguradas, com especial atenção à efetivação do contraditório e da ampla defesa (autodefesa e defesa técnica).

## CONCLUSÃO

As discussões sobre o procedimento em matéria processual penal se revelaram muito mais complexas do que inicialmente se imaginava. Já no começo das leituras se percebeu, como não poderia deixar de ser, que ao se estudar os ritos processuais ao menos duas ordens de argumentos surgem e devem ser objeto de reflexão: as estruturas procedimentais em si, mas, sobretudo, o fundamento dos ritos. Evidente que as primeiras são decorrência do segundo e, desse modo, o enfrentamento dos fundamentos teóricos do sistema criminal, ou melhor, especificamente de suas crises na sociedade contemporânea, foi necessário (ainda que incipiente, sabe-se).

Vê-se que diante da queda dos fundamentos tradicionais da pena, do desmascaramento da pena, não só o Direito Penal, mas também o Direito Processual Penal também são desmascarados, e uma vez concluído não servir a pena à mera retribuição do mal causado, ou mesmo à prevenção do crime, certo é que concretamente assim não devem estar orientados nem o direito material, nem o direito processual. Na verdade, os estudos cada vez mais mostram o quanto o sistema criminal só faz trazer a morte e potencializar as desigualdades sociais, especialmente nos países periféricos.

Diante de tal constatação, é preciso investir em algo que se ocupe da recuperação dos homens e que proporcione uma vida melhor a todos através de estruturas sociais democráticas. Luta-se pelo fim do Estado de polícia e pela implementação definitiva de um Estado de Direito. Todavia, tendo em vista que a seletividade do poder punitivo é estrutural, é na esfera criminal que se sentem com mais vigor as pulsões do Estado de polícia e, desse modo, é na compreensão do Direito Penal como limitador desse poder punitivo do Estado que se encontra a chave para a transição democrática. E essa contenção há de ser feita diariamente, pois onde falha o Estado de Direito, avança o Estado de polícia, como bem adverte EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI.<sup>894</sup>

---

<sup>894</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172: “O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como *inimigos* –, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo

E na medida em que está umbilicalmente ligado ao Direito Penal, o Direito Processual Penal também há de assumir essa função política. Ambos, então, não são neutros, mas sim tomam parte em favor da proteção dos valores de um Estado democrático de Direito, cujos Direito Penal e Processual Penal não podem ser outros senão aqueles que funcionam para proteger as garantias dos cidadãos.<sup>895</sup>

O que se tem atualmente, porém, é mesmo um Direito Penal e um Direito Processual Penal de três velocidades, para usar o já mencionado pensamento de JESÚS-MARÍA SILVA SANCHEZ: a concepção clássica, a concepção da justiça negociada e a concepção punitivista, do inimigo, todos “convivendo” como se possível fosse. Isso contribui sobremaneira para atrapalhar a sedimentação de um sistema criminal democrático, algo que já era complicado quando só existia a concepção clássica. E o que é pior, os discursos tanto da justiça contratada como do movimento da lei e da ordem se travestem de democráticos e adequados aos anseios sociais e muitas vezes convencem os mais desavisados, mesmo os de boa-fé.

Diante de todo contexto em que hoje se vive, é preciso estabelecer rigidamente os valores que devem ser protegidos e devem estar na base de qualquer discussão sobre o processo penal. No presente trabalho, como se viu, tendo como pressuposto o abandono do sistema de feição inquisitória, a escolha se dá pelo devido processo legal e, no tema específico, o contraditório e a ampla defesa. O que é certo, então, é que a assunção de uma postura em prol das garantias impede, como bem asseveram MARIO CHIAVARIO, como visto, e também SALO DE CARVALHO<sup>896</sup>, aceitar o discurso da eficiência da repressão penal, ao menos na concepção que atualmente a ela se dá, a partir das idéias neoliberais. A eficácia pela qual se prima, aqui, é outra, qual seja, a da efetividade plena dos direitos e garantias individuais em face do poder punitivo estatal.

Assim, tendo em conta os argumentos apresentados, é necessário

---

sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.”

<sup>895</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 173: “Referir-se a um *direito penal garantista* em um Estado de direito é uma *redundância grosseira*, porque nele não pode haver outro direito penal senão o *de garantias*, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é *partidário das garantias*, isto é, *garantista*.” (destaques no original)

<sup>896</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 43.

abandonar a noção do processo penal como relação jurídica, com base na teoria de BÜLOW, para se livrar de qualquer traço privatista do processo e se entende adequado retomar a tese de ELIO FAZZALARI, adaptada à esfera criminal, pública, para compreender o processo penal como um procedimento realizado em contraditório efetivo entre as partes, necessariamente respaldado na lei, noção esta capaz de dar ao processo penal a civilidade que dele tanto se espera.

Também se entende necessário rejeitar não só o paradigma do direito penal do inimigo, mas também o da justiça contratada, que, especialmente em terras brasileiras, nada reflete de um suposto contrato, tendo em vista a miséria (em todos os sentidos) em que se encontra a grande maioria dos acusados. Além do mais, os procedimentos simplificados como atualmente existem não servem, em absoluto, a um Direito Penal e Processual Penal de garantias, já que não limitam o poder punitivo do Estado; pelo contrário, aumentam-no, na medida em que a punição passa a ser certa, ainda que a pena aplicada não seja privativa de liberdade.

Ademais, agora já especificamente quanto aos procedimentos, a pesquisa demonstra que não há razões legítimas que justifiquem a existência de tantos ritos para o processamento dos casos penais. A existência de tantos ritos é algo que se repete nas legislações processuais penais sem que se saiba dizer o porquê. Sabe-se que toda a estrutura da persecução penal é complexa, como não poderia deixar de ser, já que trata da liberdade e da vida dos cidadãos. Mas a complexidade não deve ser tal a ponto de as pessoas sequer compreenderem como tramita um processo penal. Dito de outra forma, já que a complexidade é inerente à persecução penal, ela deve ao menos ser reduzida sempre que possível. E na matéria dos procedimentos ela é possível.

Por outro lado, a simplificação os processos através da simplificação dos procedimentos há de seguir os valores antes eleitos como reitores do processo penal que se quer e, por isso, nem toda simplificação é legítima, tal como a trazida pela justiça consensual, porque, em suma, subtrai do homem o seu direito de ser submetido a um processo devido e, no fundo, parece mesmo só ter o objetivo de deflação dos processos, nada mais. Tampouco é legítima qualquer outra forma de simplificação que, com fundamento na celeridade e eficiência neoliberais, defenda um processo em que haja desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas.

Neste passo, diante dos valores escolhidos e do estudo dogmático dos

elementos afetos aos procedimentos penais, inclusive valendo-se da doutrina produzida em outros países, tudo considerado como numa antropofagia à Oswald de Andrade, propõe-se uma outra forma de simplificação dos procedimentos em matéria processual penal, agora com vistas à efetivação de um processo legal e devido, com grande evidência do contraditório e da ampla defesa. Evidente, repita-se, que tal proposta depende de uma série de pré-requisitos para se tornar possível, a começar pela adoção de um sistema processual de feição acusatória e de uma retomada (quiçá redesenho) dos papéis dos sujeitos processuais, bem como da estruturação de Defensorias Públicas devidamente equipadas e defensores devidamente preparados.

De qualquer sorte, propõe-se a redução de todos os atuais, no mínimo, doze ritos a apenas dois, que mantêm, quando possível, simetria. Um rito para o julgamento a ser realizado perante o Tribunal do Júri, e outro para os demais casos, dentro dos quais os atos são organizados de maneira a garantir um desenvolvimento correto e leal do processo penal.

Realiza-se, então, o seguinte percurso: capta-se a realidade do sistema criminal; identificam-se as suas vítimas; constrói-se uma mediação capaz de inserir a comunidade das vítimas, através da proposição de normas boas, ou seja, capazes verdadeiramente de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana e com possibilidades concretas de aplicação (o devido processo legal e os novos procedimentos propostos aumentam as chances de vida). Fica, para o futuro, a ação boa, a *práxis*, a realização concreta da proposta do presente trabalho (e certamente as adaptações necessárias) e, se tudo der certo, longe não deve estar o dia da plena reprodução da vida humana.<sup>897</sup>

---

<sup>897</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 569-570.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia Del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

\_\_\_\_\_. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2000.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. 2v.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

\_\_\_\_\_. Ragionevole durata del processo penale e nuove esigenze di tutela dell'imputato. In: **Per una giustizia penale più solleata: ostacoli e rimedi ragionevoli**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 55-70.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRIOLI, Virgilio. Dell'istruzione probatoria. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, a XX-XXI, v. XIX, n 3, p. 165-187, 1942.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Direito à prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. X, n. 39, p. 98-118, julho/setembro 1985.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **GÊNESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 3, p. 685-695, setembro/dezembro 1996.

ARNAUD, André-Jean. **Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours**. Paris: PUF, 1975.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

AUGENTI, Giacomo Primo. **L'onore della prova**. Roma: Forl Italiano, 1932.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989.

\_\_\_\_\_. **Do método jurídico: reflexão em torno da tópica.** AJURIS, a , n. 64, p. 5-26, julho de 1995.

\_\_\_\_\_. **Justiça distributiva e aplicação do direito.** Porto Alegre: SAFE, 1983.

BARANDIER, Mário Gaspar. A prova ilícita no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, p. 73/76, 1993.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

\_\_\_\_\_. La politica criminale e il diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale.** Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, a. V, n. 3 (seconda serie), p. 5-36, settembre-dicembre 1998.

\_\_\_\_\_. Problemi sociali e percezione della criminalità. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale.** Bari: De Donato – Società editrice cooperativa s.r.l., a. 1, n. 1, p. 15-39, gennaio-aprile 1983.

\_\_\_\_\_. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal:** compilación in memoriam. Buenos Aires: B d F editorial, 2004, p. 299-333.

BARATTA, Alessandro; PAVARINI, Massimo. La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale.** Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, a. V, n. 1 (seconda serie), p. 7-28, gennaio-aprile 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, p. 144-155, outubro/dezembro 1996.

\_\_\_\_\_. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual.** Uberaba: Forense, v. 16, p. 111-125, outubro-dezembro 1978.

\_\_\_\_\_. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. X, n. 37, p. 140-150, janeiro/março 1985.

\_\_\_\_\_. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a 22, n. 87, p. 110-117, julho/setembro 1997.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. IX, n. 35, p. 178-184, abril/junho 1984.

\_\_\_\_\_. Provas atípicas. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a 19, n. 76, p. 114-126, outubro/dezembro 1994.

\_\_\_\_\_. Restricciones a la prueba en la constitución brasileña. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a 21, n. 82, p. 152-160, abril/junho 1996.

BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El estado y los juristas.** Barcelona: Fontanella, 1976.

BARCELLONA, Pietro. La formación del jurista. In: BARCELLONA, HART, MÜCKENBERGER. **La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica.** Trad. Carlos Lasarte. 3.ed. Barcelona: Civitas, 1988, p. 18-56.

BARGI, Alfredo. Il problema della prova. In: CERQUETTI, G; FIORIO, C. (a cura di). **Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto.** Padova: Cedam, 2002, p. 29-37.

\_\_\_\_\_. **Procedimento probatório e giusto processo.** Napoli: Jovene, 1990.

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus – Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, a. 2, p. 1-29, 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/>. Acesso em 19.07.2010.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2.ed. v.1. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

\_\_\_\_\_. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATTAGLIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a XXXVIII, n. 2, p. 375-436, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELLAVISTA, Girolamo. Ancora in tema di procedimenti anomali. **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 203-212.

\_\_\_\_\_. **Enciclopedia del Diritto. Voce: Confronto (dir. proc. pen.)**. v. VIII. Milano: Giuffrè, p. 1043-1045, 1961.

\_\_\_\_\_. Il processo come dubbio. In: **Studi sul processo penale**. v. IV. Milano: Giuffrè, 1966, p. 27-43.

\_\_\_\_\_. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III. Milano: Giuffrè, 1966, p. 167-195.

\_\_\_\_\_. La difesa nella istruzione penale. In: **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 129-143.

\_\_\_\_\_. Lealtà e probità del difensore e dell'accusatore privato nel processo penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III. Milano: Giuffrè, 1966, p. 197-211.

\_\_\_\_\_. **Lezioni di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1956.

\_\_\_\_\_. Sulla teoria generale dei procedimenti penali anomali. **Studi sul processo penale**. v. II (1953-1960). Milano: Giuffrè, 1960, p. 173-202.

BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezione di diritto processuale penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974.

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. Padova: Cedam, 1966.

\_\_\_\_\_. **Gli ultimi scritti (1980-1982) e la lezione di congedo (6. V. 1982)**. (A cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani) Padova: Cedam, 1984.

BENE, Teresa. **La dogmatica dell'azione penale: influenze civilistiche ed errori di metodo**. Napoli: Jovene, 1997.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè, a. II, n. 11, p. 118-145, gennaio/marzo 1952.

BERNASCONI, Alessandro. **La collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 1995.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999.

\_\_\_\_\_. **Entre la democracia y la exclusión**: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. Disponível em <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/legaldiad.html>, em 29/01/2007.

\_\_\_\_\_. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004.

\_\_\_\_\_. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Ângela Nogueira Pessoa. Revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal**: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: Ad hoc, 1997.

\_\_\_\_\_. **Reforma legal y judicial y control de la corrupción em América Latina y el Caribe**. Disponível em <http://info.worldbank.org>, em 27/01/2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Il futuro della democrazia**. Torino: Giulio Einaudi, 1995.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONFIM, Manoel. **A América Latina**: males de origem. Rio de Janeiro: Topbooks, 1993.

BONINI, Valentina. Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito *n vinculus*. In: **Il giusto processo** – Atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 183-186.

\_\_\_\_\_. Imputato e Pubblico Ministero nella scelta del rito 'patteggiato'. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XL, p. 1182-1201, ottobre/dicembre 1997.

BORENSZTAJN, David. A busca da verdade no tribunal do Júri. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a 76, v. 618, p. 420-423, abril de 1987.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba: s/e, n. 2, p. 90 e ss, 1980.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.

BÜLOW, Oscar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional. **Justitia**. São Paulo: s.e., a. 53, v. 153, p. 41-58, jan./mar. 1991.

BUSSADA, Wilson. **Prova pericial criminal interpretada pelos tribunais**. Bauru: EDIPRO, 1994.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 9, n. 35, p. 185-201, julho/setembro 2001.

CALAMANDREI, Pietro. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.

\_\_\_\_\_. Il processo come situazione giuridica. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, v. IV, p. 219-226, 1927.

\_\_\_\_\_. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

\_\_\_\_\_. Processo e giustizia. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. V, n. 4, p. 273-290, 1950.

\_\_\_\_\_. Un maestro di liberalismo processuale. **Rivista di diritto processuale**, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, p. 1-8, 1951.

\_\_\_\_\_. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. X, p. 164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. **O direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, a. 24, n. 96, p. 234-249, outubro/dezembro 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Giudizio processo scienza verità**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, v. V, n. 1, p. 1-22, 1950.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

\_\_\_\_\_. **La "natura" delle norme sulle prove**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, v. XXIV, p. 92-99, 1969.

CARCOVA, Carlos Maria. **Derecho, política y magistratura**. Buenos Aires: Biblos, 1996.

\_\_\_\_\_. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política**. Buenos Aires: Centro editor de América Latina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Ancora sulla lite nel processo penale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, a. VIII, v. VII, n. 1, p. 245-248, 1930.

\_\_\_\_\_. A proposito di tortura. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. VII, p. 234-237, 1952.

\_\_\_\_\_. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

\_\_\_\_\_. **Como se faz um processo**. Trad. Hebe Caletti Marengo. 3. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2005.

\_\_\_\_\_. Crisi della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 3, p. 333-363, luglio-settembre 1958.

\_\_\_\_\_. Dibattimenti penali e pubblicità. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. VII, p. 233-

234, 1952.

\_\_\_\_\_. Diritto e ricerca della verità (postilla). **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. V, p. 222-224, 1950.

\_\_\_\_\_. Il processo penale in regime di concorrenza? **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XVI, p. 132-136, 1959.

\_\_\_\_\_. Il processo penale visto allo specchio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XII, n. 2, p. 61-68, 1952.

\_\_\_\_\_. L'equità nel diritto penale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, a. XIII, v. XII, p. 105-121, 1935.

\_\_\_\_\_. La certezza del diritto. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, v. XX, n. 2, p. 81-91, 1943.

\_\_\_\_\_. La pubblicità del processo penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. X, n. 1, p. 1-11, 1955.

\_\_\_\_\_. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950.

\_\_\_\_\_. Mettere il pubblico ministero al suo posto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. VIII, p. 257-264, 1953.

\_\_\_\_\_. Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. V, p. 115-123, 1950.

\_\_\_\_\_. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960.

\_\_\_\_\_. Processo penale e libertà di stampa. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. VI, p. 260-262, 1951.

\_\_\_\_\_. Prove civili e prove penali. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: La Litotipo, v. II, p. 3-36, 1925.

\_\_\_\_\_. Pubblico e processo penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. X, n. 1, p. 67-69, 1955.

\_\_\_\_\_. Responsabilità e giudizio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 1, p. 1-26, gennaio-marzo 1958.

\_\_\_\_\_. **Teoria general del derecho**. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1955.

\_\_\_\_\_. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, julho/setembro 1998.

\_\_\_\_\_. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, v. XX, p. 4-9, 1965.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

\_\_\_\_\_. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi**. 3. ed. 16ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. **A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, a. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 33-53.

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. LI, n. 2, p. 514-536, 1996.

CAVALLARI, Vincenzo. Voce: Contraddittorio – b) Diritto Processuale Penale. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. IX. Milano: Giuffrè, 1961, p. 728-738.

CAVALLO, Vincenzo. **La sentenza penale**. Napoli: Jovene, 1936.

CERQUETTI, G; FIORIO, C. (a cura di). **Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto**. Padova: Cedam, 2002.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Trad. Eliana Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIAVARIO, Mario. **Appunti sul processo penale**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2000.

\_\_\_\_\_. **Autodifesa: questione aperta per una risposta civile**. Pisa: ETS, 1979.

\_\_\_\_\_. **Garanzie ed efficienza della giustizia penale: temi e problemi**. Torino: G. Giappichelli, 1998.

\_\_\_\_\_. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In: **Il giusto processo – Atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 51-77.

\_\_\_\_\_. Inizio del procedimento penale e tutela costituzionale del diritto di difesa. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, v. II, a. VI, p. 613-623, 1963.

\_\_\_\_\_. **L'azione penale tra diritto e politica**. Padova: Cedam, 1995.

\_\_\_\_\_. La tutela linguistica dello straniero nel nuovo processo penale italiano. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 111-133.

\_\_\_\_\_. Note in tema di autodifesa e difesa tecnica nel procedimento contumacia. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, v. II, a. VI, p. 630-636, 1963.

\_\_\_\_\_. **Processo e garanzie della persona**. 2. ed. v. I: profili istituzionali di diritto processuale. Milano: Giuffrè, 1982.

\_\_\_\_\_. **Processo e garanzie della persona**. 3. ed. v. II: le garanzie fondamentali. Milano: Giuffrè, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923.

\_\_\_\_\_. **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)**. Volume Primo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo penal à luz da Constituição**: temas escolhidos. São Paulo: Edipro, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo I (actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal**. Tomo II (actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal**. Tomo III (actualizado por Jorge Raúl Montero) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **El processo penal**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Lessico delle prove e modello accusatorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a.L., n. 4, p. 1201-1230, 1995.

\_\_\_\_\_. Valore etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, p. 887-938, 1998.

CONSO, Giovanni. Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. IX, n. 2, p. 405-418, aprile/giugno 1966.

\_\_\_\_\_. **I fatti giuridici processuali penali**. Milano: Giuffrè, 1955.

\_\_\_\_\_. I nuovi riti differenziati tra "procedimento" e "processo". In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 135-154.

\_\_\_\_\_. La comparazione e il processo penale, oggi. In: SACCO, R. (a cura di). **L'apporto della comparazione alla scienza giuridica**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 185-195.

\_\_\_\_\_. La certezza del diritto: ieri, oggi, domani. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XXV, n. 4, p. 547-559, 1970.

\_\_\_\_\_. Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. I, n. 2, p. 289-303, aprile/giugno 1958.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

\_\_\_\_\_. **Ideologie del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1966.

\_\_\_\_\_. **La fabbrica della peste**. Roma-Bari: Laterza, 1985.

\_\_\_\_\_. La riforma dell'istruzione penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, a. VI, n. 3, p. 714-725, luglio-settembre 1963.

\_\_\_\_\_. **Le situazioni soggettive nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 1956.



\_\_\_\_\_. **Procedura penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

\_\_\_\_\_. Prove illecite nel processo penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè, a. IV, n. 1, p. 32-55, 1961.

\_\_\_\_\_. **Riti e sapienza del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1985.

\_\_\_\_\_. **Tre studi sulle prove penali**. Milano: Giuffrè, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba, Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, a. 18, n. 70, p. 49-58, abril/junho 1993.

\_\_\_\_\_. A suspensão do processo penal pelo não-acolhimento da citação por edital. **Enfoque Jurídico**. Brasília, TRF – 1ª Região, edição 03, p. 6-7, outubro 1996.

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-147.

\_\_\_\_\_. Globalização e direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, a. 32, v. 33, n. 17, p. 45-52, 2000.

\_\_\_\_\_. Glosas ao “Verdade, duvida e certeza”, de Francisco Cernelutti, para os operadores de direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

\_\_\_\_\_. **L'esigenza di garanzia dei diritto della difesa nel nuovo processo penale brasiliano**. Inédito.

\_\_\_\_\_. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03-14.

\_\_\_\_\_. Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice. **Cadernos Jurídicos da OAB Paraná**, n. 4, p. 3-4, julho de 2009.

\_\_\_\_\_. Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, a. 31, v. 32, n. 13, p. 55-60, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio> Acesso em 13/01/10.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal (penal) e o poder judiciário. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 291-300.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

\_\_\_\_\_. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, a. 31, n. 12, p. 37-49, 1999.

\_\_\_\_\_. O sigilo do inquérito policial dos advogados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 5, n. 18, abril-julho, p. 123-134, 1997.

\_\_\_\_\_. Por um Direito da libertação ou uma libertação do direito. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n. 16, p. 129-139, 1990.

\_\_\_\_\_. Princípios gerais e processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: Ed. da UFPR, a. 22, n. 22, p. 210-218, 1985.

\_\_\_\_\_. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 475-487.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-17.

\_\_\_\_\_. Universidade pública, alienação e produção científica do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: Ed. da UFPR, a. 29, n. 29, p. 247-253, 1996.

\_\_\_\_\_. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível como sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 253-262.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Legalidade e reformas parciais do CPP: a excrecência da relativização das regras e princípios constitucionais. In: BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 497-512.

COUTURE, Eduardo J. **Introducción al estudio del proceso civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

\_\_\_\_\_. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. IX, n.2, parte I, p.81-101, 1954.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

D'ANGELO, E.; BERTOROTTA, F. Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell'efficienza. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: Procedura Penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 237-263.

D'AIUTO, Gianluca. L'estensione all'investigatore privato delle garanzie di libertà del difensore. In: FERRAIOLI, Marzia (a cura di). **Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 83-100.

DALIA, Andrea Antonio. Introduzione. In: FERRAIOLI, Marzia (a cura di). **Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 1-10.

\_\_\_\_\_. **Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale**. Napoli: Jovene, 1970.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 2.ed. Padova: Cedam, 1999.

DALIA, Gaspare. Il “nuovo” ruolo del difensore di ufficio e la disciplina del gratuito patrocinio. In: FERRAIOLI, Marzia (a cura di). **Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale**. Milano: Giuffrè,

2002, p. 11-82.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DA MATTA, Roberto. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

\_\_\_\_\_. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

\_\_\_\_\_. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Bologna: Il Mulino, 1991.

DAYEZ, Bruno. Le procès du procès. In: **Giustizia penale e società contemporanea**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 179-194.

DEAN, Giovanni. **Ideologie e modelli dell'esecuzione penale**. Torino: G. Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_\_. I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale. In: CERQUETTI, G; FIORIO, C. (a cura di). **Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto**. Padova: Cedam, 2002, p. 3-14.

\_\_\_\_\_. L'accertamento giudiziale nei procedimenti semplificati e l'efficacia extrapenale del giudicato. In: GAITO, Alfredo; PAOLOZZI, G.; VOENA, G.P. (a cura di). **Questioni nuove di procedura penale: I giudizi semplificati**. Padova: Cedam, 1989, p. 345-362.

DECCA, Edgar Salvadori de. Ensaios de cordialidade em Sérgio Buarque de Holanda. In: AXT, Gunter; SCHÜLER, Fernando (Orgs.). **Intérpretes do Brasil: ensaios de cultura e identidade**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004, p. 214-228.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigado Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XXXIV (II serie), p. 334-364, 1979.

\_\_\_\_\_. Diritto e processo nella "common law": letture di un "civil lawyer". **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. XL, v. I, p. 150-157, 1986.

\_\_\_\_\_. **L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, v. XX, p. 31-70, 1965.

\_\_\_\_\_. Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo. **Rivista Critica del Diritto Privato**. Bologna: Il Mulino, a. IV, n. 3, p. 469-492, settembre 1986.

DEU, Teresa Armenta. Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina**. Padova: Cedam, 1994, p. 271-288.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DI CHIARA, Giuseppe. Considerazioni in tema di rito abbreviato: finalità del processo e tecniche di giudizio. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXXII, p. 574-587, aprile/giugno 1989.

\_\_\_\_\_. “Giusto processo”, “giusta decisione” e riti “a prova contratta”. In: **Il giusto processo** – Atti del Convegno presso l’Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 227-242.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINACCI, Filippo Raffaele. **Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri**. Padova: Cedam, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1990.

DISSENHA, Rui Carlo. Algumas anotações críticas sobre o caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 6, n. 2, agosto-dezembro de 2010. No prelo.

DONGHI, Halperin. **História da América Latina**. 3. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

DOTTI, René Ariel. **Princípios do processo penal**. Revista dos Tribunais, a. 82, v. 687, p. 253-269, janeiro de 1993.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: **Archiv des Öffentlichen Rechts** (AÖR) n° 81 (1956).

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola, 1980.

\_\_\_\_\_. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclée, 2001.

\_\_\_\_\_. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao processo penal**. Trad. J. Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1979.

ESCOBAR, Raúl Tomás. **El interrogatorio en la investigación criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1998.

ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosh, 1997.

EUSEBI, Luciano. La ‘nuova’ retribuzione – Sezione I: pena retributiva e teorie preventive. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXVI (nuova serie), p. 914-969, 1983.

\_\_\_\_\_. La ‘nuova’ retribuzione – Sezione II: l’ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXVI (nuova serie), p. 1315-1357, 1983.

\_\_\_\_\_. La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale “conciliativa”**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 17-67.

FAGET, Jacques. **La médiation**: essai de politique pénale. Toulouse: Éditions Érès, 1997.

FALCHI, G. F. **Filosofia del diritto processuale penale**. Treviso: Vianello, 1949.

FANCHIOTTI, Vittorio. Il processo penale statunitense: un modello complesso da rivisitare. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 581-609.

\_\_\_\_\_. Origini e sviluppo della 'giustizia contrattata' nell'ordinamento statunitense. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXVII (Nuova Serie), n. 1, p. 56-101, 1984.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. Retórica e ideologia: as conexões entre o direito e a política. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 324-342.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Edusp, 2006.

FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

FAZZALARI, Elio. Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XLIII (II serie), n. 4, p. 287-298, 1988.

\_\_\_\_\_. **Conoscenza e valori**: saggi. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_\_. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XII, v. 2, p.861-880, 1958.

\_\_\_\_\_. Il giusto processo e i procedimenti speciali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. 57, p.1-6, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introduction*. In: **Italian Yearbook of Civil Procedure**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1991, p. ix-xl.

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1975.

\_\_\_\_\_. **Introduzione alla giurisprudenza**. Padova: Cedam, 1984.

\_\_\_\_\_. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1965, vol. XX, p. 10-30.

\_\_\_\_\_. La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XLIX, n. 4, p. 911-925, luglio-settembre 1994.

\_\_\_\_\_. La imparzialità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XXVII, n. 2, p. 193-203, aprile/giugno 1972.

\_\_\_\_\_. **Lezione di diritto processuale civile**. v.1. Padova: Cedam, 1985.

\_\_\_\_\_. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

\_\_\_\_\_. **Novissimo digesto italiano. Voce: processo – teoria generale**. v. 13. Torino: UTET, p. 1067-1076, 1966.

\_\_\_\_\_. The judgment and the authority of res judicata. In: **Italian Yearbook of Civil Procedure**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1991, p. 245-251.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do procedimento e o procedimento em processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma – Bari: Laterza, 1989.

\_\_\_\_\_. Garantismo e diritto penale. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, a. V, n. 3 (seconda serie), p. 107-123, settembre-dicembre 1998.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

\_\_\_\_\_. **Diritto processuale penale**. 3. ed. Torino: Editrice Torinese, 1939.

\_\_\_\_\_. Le due prove (civile e penali). **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, v. III, p. 221-230, 1926.

\_\_\_\_\_. **Principi di diritto processuale penale**. Torino: Giappichelli, 1927.

FOSCHINI, Gaetano. **Enciclopedia del Diritto. Voce: Dibattimento**. v. XII. Milano: Giuffrè, p. 342-368, 1964.

\_\_\_\_\_. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1960.

\_\_\_\_\_. I principi fondamentali del dibattimento. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a.VI, n. 4, p. 1037-1063, ottobre-dicembre 1963.

\_\_\_\_\_. La istruzione in generale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. III, n. 2, p. 378-393, 1960.

\_\_\_\_\_. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

\_\_\_\_\_. **Sistema del diritto processuale penale**. v. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968.

FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. **Revista do Ministério Público do Paraná**. Curitiba: s.e., n. 7, 1977.

\_\_\_\_\_. O arquivamento do inquérito nas ações penais obrigatórias. **Revista do Ministério Público do Paraná**. Curitiba: s.e., n. 8, 1979.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAGLIARDI, Pedro. **As liminares em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAITO, Alfredo. Accusa e defesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale. In: GAITO, Alfredo; PAOLOZZI, G.; VOENA, G.P. (a cura di). **Questioni nuove di procedura penale: I giudizi semplificati**. Padova: Cedam, 1989, p. 7-29.

\_\_\_\_\_. L'effettività del contraddittorio. In: CERQUETTI, G; FIORIO, C. (a cura di). **Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto**. Padova: Cedam, 2002, p. 15-27.

GALATI, Antonio. Le degenerazioni del maxi-processo. In: **Il giusto processo** – Atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 129-147.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 46. ed. Trad. Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIANFORMAGGIO, Letizia *et alii*. **Le ragioni Del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993.

GIANNITI, Francesco. **Introduzione allo studio interdisciplinare del processo penale**. Milano: Giuffrè, 1986.

\_\_\_\_\_. **I rapporti tra processo civile e processo penale**. Milano: Giuffrè, 1988.

\_\_\_\_\_. **Prospettive criminologiche e processo penale**. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1984.

GIARDIA, Angelo. Riforma della procedura e riforme del processo penale. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 297-325.

\_\_\_\_\_. Un camino appena iniziato. In: BARAZZETTA, Aurélio *et al.* **Le indagine difensive** – legge 07 dicembre 2000, N. 397. cita?: Ipsoa, 2001, p. 5-12.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

GOES FILHO, Synesio Sampaio. **Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOESSEL, Karl Heinz. **El defensor en el proceso penal**. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho justicial material**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. **Princípios gerais do processo penal: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e janeiro, fevereiro e março de 1935**. Trad. Hiltomar Martins

Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

\_\_\_\_\_. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. Teoría general del proceso. In: **Principios generales del proceso**. Mexico: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **A reforma do Processo Penal Brasileiro**. *Justitia*, São Paulo, a. 52, v. 150, p. 40-46, abr./jun., 1990.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance. A reforma do processo penal brasileiro. *Justitia*. São Paulo, a.52, v. 150, p. 40-46, abril/junho 1990.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas *et alii*. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREVI, Vittorio. **Alla ricerca de un processo penale 'giusto': itinerari e prospettive**. Milano: Giuffrè, 2000.

GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 27, p. 71-80, 1999.

\_\_\_\_\_. A instrução processual penal em Ibero - América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 6, p. 72-86, 1994.

\_\_\_\_\_. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 8, n. 31, p. 65-74, jul. / set., 2000.

\_\_\_\_\_. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

\_\_\_\_\_. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: RT, 1978.

\_\_\_\_\_. Influência do Código de Processo Penal modelo para ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 1, n. 1, p. 41-63, jan./mar. 1993.

\_\_\_\_\_. Le garanzie del processo penale nella nuova costituzione brasiliana. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 659-671.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, a. 1, n. 4, p.



60-68, out./dez. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11.ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Recursos no processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2009.

GRISPIGNI, Filippo. **Diritto processuale penale**. v.1. Roma: Edizioni Italiane, 1945.

HAMPTON, Jean. **Hobbes and the social contract tradition**. New York: Cambridge University Press, 1995.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 20ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; **Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

HYAMS, Paul. Due process versus the maintenance of order in European law: the contribution of the *ius commune*. In: COSS, Peter. **The moral world of the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 62-90.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

ILLUMINATI, Giulio. **Enciclopédia Giuridica Treccani. Voce: Accusatorio ed Inquisitorio (sistema)**. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, p. 1-10, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. O papel do Poder Judiciário em face do Sistema Processual Penal Acusatório. **Jusititia**. São Paulo, a. 51, v. 147, p. 71-74, jul./set. 1989.

JUROW, Keith. Ultimately thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. **American journal of legal history**. v. 19, p. 265-279, 1975.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O direito de defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 395-406.

\_\_\_\_\_. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 9, n. 35, p. 55-73, julho/setembro 2001.

LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003.

LAZARO, Giorgio. La funzione dei giudici. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XXVI, n. 1, p. 1-16, gennaio/marzo 1971.

LAVAGNA, Carlo. Considerazione sui caratteri degli ordinamenti democratici. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè, a. VI, p. 392-422, 1956.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. 12. ed. Napoli: Jovene, 1952.

\_\_\_\_\_. **Manuale di Procedura Penale**. Napoli: Jovene, 1960.

\_\_\_\_\_. Voce: Processo Penale (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. V. XIII. Torino: UTET, 1957, p. 1160-1170.

\_\_\_\_\_. **Trattato di diritto processuale penale**. v. I: dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Corso di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1952.

\_\_\_\_\_. Effetti della sentenza e cosa giudicata. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, CEDAM, a. XXXIV, n. 1, p. 1-10, gennaio/marzo 1979.

\_\_\_\_\_. **Efficacia ed autorità della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1962.

\_\_\_\_\_. Fondamento del principio dispositivo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XV, p. 551-565, 1960.

\_\_\_\_\_. Giudici legislatori? **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XXXIX, n. 4, p. 756-760, ottobre/dicembre 1984.

\_\_\_\_\_. **Manuale de diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-128.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOZZI, Gilberto. I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XL, n. 3, p. 669-693, luglio/settembre 1997.

LUNA, Eric G. The models of criminal procedure. **Buffalo Criminal Law Review**. v. 2, p. 389-535, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito hoje?** Brasília: NAIR, 1984.

MAIER, Julio B. J. **Antología**. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

\_\_\_\_\_. Mecanismos de simplificación del procedimiento penal. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina**. Padova: Cedam, 1994, p. 251-270.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143-186.

\_\_\_\_\_. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, p. 223-259, março-abril de 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. (trad. Paolo Capitano) Campinas: Bookseller, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 197-252.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais ao direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1963.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, 4v.

\_\_\_\_\_. **Pareceres**. São Paulo: AASP, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto e método**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MAZZUCATO, Claudia. Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 85-134.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MENCARELLI, Franco. **Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1972.

MENNA, Mariano. **La motivazione del giudizio penale**. Napoli: Jovene, 2000.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Trad. Érica de Oliveira Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Il colore della democrazia**. Roma: M.C.R. Editrice, 2006.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em material criminal**. (trad. Herbert Wuntzel Heinrich) 3 ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MORINEAU, Jacqueline. **L'esprit de la médiation**. Toulouse: Éditions Érès, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor**: función de la pena y sistemática teleológica. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003.

MOCCIA, Sergio (a cura di). **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1998.

MONACO, Giuseppe. **Pubblico Ministero ed obbligatorietà dell'azione penale**. Milano: Giuffrè, 2003.

MONACO, Lucio; PALIERO, Carlo Enrico. Variazioni in tema di 'crisi della sanzione': la diaspora del sistema commisurativo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXXVII, v. 2, p. 421-456, 1994.

MUSSO, Rosana Gambini. Difesa e difensore nei sistemi di *negotiated justice*. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 611-629.

\_\_\_\_\_. **Il 'plea bargaining' tra common law e civil law**. Milano: Giuffrè, 1985.

\_\_\_\_\_. L'esperienza statunitense. In: BARAZZETTA, Aurélio *et al.* **Le indagine difensive** – legge 07 dicembre 2000, N. 397. Ipsa, 2001, p. 271-292.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2002, p.187-200.

NASI, Antonio; CAVALLARI, Vincenzo; BENVENUTI, Feliciano. **Enciclopedia del Diritto. Voce: Contraddittorio (Principio del)**. v. IX. Milano: Giuffrè, p. 720-748, 1961.

NOBILI, Massimo. Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"? **Critica del Diritto**. Ancona: Nuove Ricerche, fasc.1, p. 66-70, gennaio 1994.

\_\_\_\_\_. Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione. **Critica del Diritto**. Ancona: Nuove Ricerche, fasc.2/3, p. 123-131, aprile/luglio 1997.

\_\_\_\_\_. L'accusatorio sulle labbra l'inquisitorio nel cuore. **Critica del Diritto**. Ancona: Nuove Ricerche, fasc.4/5, p. 11-17, ottobre 1992.

\_\_\_\_\_. **La nuova procedura penale**. Bologna: Editrice Bologna, 1989.

\_\_\_\_\_. Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello stato – epistemologia. In: **Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia**. v. 2: procedura penale. Milano: Giuffrè, 2000, p. 479-498.

\_\_\_\_\_. Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola). **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 648-660, luglio/settembre 1995.

\_\_\_\_\_. Prove “a difesa” e investigazioni di parte nell’attuale assetto delle indagini preliminari. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXXVII, n. 2, p. 398-420, 1994.

\_\_\_\_\_. **Scenari e trasformazione del processo penale**. Padova: Cedam, 1998.

\_\_\_\_\_. Verso um nuovo garantismo? Spunti per gli studenti di sociologia del diritto. **Critica del Diritto**. Ancona: Nuove Ricerche, fasc.4, p. 240-257, ottobre 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUVOLONE, Pietro. Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXVII (Nuova Serie), n. 1, p. 3-15, 1984.

OLMO, Rosa del. **A américa latina e sua criminologia**. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

PACKER, Herbert L. **I limiti della sanzione penale**. Trad. Franco Ferracuti, Mirella Ferracuti Garutti e Gilda Scardaccione. Milano: Giuffrè, 1978.

\_\_\_\_\_. Two models of the criminal process. **University os Pennsylvania Law Review**. v. 113, n. 1, p. 1-68, November 1964.

PADOVANI, Tullio. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXXV (nuova serie), v. 2, p. 419-452, 1992.

PAOLOZZI, Giovanni. I meccanismi di semplificazione del giudizio di primo grado. In: GAITO, Alfredo; PAOLOZZI, G.; VOENA, G.P. (a cura di). **Questioni nuove di procedura penale: I giudizi semplificati**. Padova: Cedam, 1989, p. 31-60.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XL, n. 3, p. 481-519, 1985.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Trad. Ignacio Muñagorí. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. **I nuovi confini della penalità: introduzione alla sociología della pena**. Bologna: Martina, 1996.

\_\_\_\_\_. **La criminologia**. Milano: Edmond Le monnier, 1981.

\_\_\_\_\_. La giustizia penale: difesa sociale o illusione? **Critica del Diritto**. Ancona: Nuove Ricerche, fasc.1, p. 15-18, febbraio 1991.

\_\_\_\_\_. La pena ‘utile’, la sua crisi e il disincanto: verso uma pena senza scopo. **Rassegna penitenziaria e criminologica. cita: Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria – Ministero della Giustizia**, p. 1-45, 1983.

\_\_\_\_\_. Per um diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”? Discutendo con Luigi Ferrajoli. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, a. V, n. 3 (seconda serie), p. 125-156, settembre-dicembre 1998.

\_\_\_\_\_. **Studi di teoria della pena e del controllo sociale**. Bologna: Martina, 1990.

\_\_\_\_\_; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Ed. Martina, 2004.

\_\_\_\_\_; GUAZZALOCA, Bruno. **L'esecuzione penitenziaria**. Torino: Utet, 1995.

\_\_\_\_\_; GUAZZALOCA, Bruno. **Saggi sul governo della penalità**: letture integrative al corso di diritto penitenziario. Bologna: Ed. Martina, 2007.

\_\_\_\_\_; BERTACCINI, David. **L'altro diritto penale**: percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti. Torino: Giappichelli, 2004.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **O direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PELLINGRA, Benedetto. **La motivazione della sentenza penale**. Milano: Giuffrè, 1985.

PEPINO, Livio; ROSSI, Nello (org.). **Democrazia in crisi e senso della giurisdizione**. Milano: Franco Angeli, 1993.

PERCHINUNNO, Francesco. **Fondamento del giusto processo**: dalle origine all'attuazione. Bari: Cacucci Editore, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation**: la nouvelle rhétorique. v. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1958

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PERONI, F.; GIALUZ, M. **La giustizia penale consensuale**: concordati, mediazione e conciliazione. Torino: UTET, 2004.

PESSINA, Enrico. **Manuale del diritto penale italiano**: norme del procedimento. Napoli: Casa Editrice Napoletana, 1916.

PICARDI, Nicola. "Audiatur et altera pars" – Le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. 57, v.1, p.7-22, 2003.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. LIII, n. 3, v. II, p. 673-681, luglio-settembre 1998.

PICOTTI, Lorenzo. Giudice "di pace" e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale "conciliativa"**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 137-147.

PICOTTI, Lorenzo (a cura di). **La mediazione nel sistema penale minorile**. Padova: Cedam, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PISANI, Mario. Il giudice unico nel quadro del sistema penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLII, p. 1168-1183, ottobre/dicembre 1999.

\_\_\_\_\_. **La fase preparatoria del processo penale**. Bologna: Monduzzi, 1991.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1985.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1986.

PIZIALI, Giorgio. Pluralità dei riti e giudice unico. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XLIII, p. 966-987, giugno/settembre 2000.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais do processo civil. **Revista da ESMESC**. Florianópolis, a. 5, v. 6, p. 59-78, 1999.

PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão – da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 153-169.

\_\_\_\_\_. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. 23. ed. 7ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004.

\_\_\_\_\_. **História econômica do Brasil**. 46ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PULITANÒ, Domenico. Tempi del processo e diritto penale sostanziale. In: **Per una giustizia penale più solleata: ostacoli e rimedi ragionevoli**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 29-53.

PUNZI, Carmine. **L'interruzione del processo**. Milano: Giuffrè, 1963.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. **Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **El proceso penal**: sexta lectura constitucional. Barcelona: Bosch, 2000.

RESTA, Eligio. Il diritto penale premiale. 'Nuove' strategie di controllo sociale. **Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale**. Bari: De Donato – Società editrice cooperativa s.r.l., a. 1, n. 1, p. 41-69, gennaio-aprile 1983.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, p.51-77.

RICCI, Edoardo F. Il principio dispositivo come problema diritto vigente. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, V. xxix, N. 3, P. 380-389, 1974.

RICCIO, Giuseppe. **Processo penale e modelli di partecipazione**. Napoli: Jovene, 1977.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.

ROSSI, Jorge E. Vázquez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ROSSI, Nello (org.). **Giudici e democrazia**: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale. Milano: FrancoAngeli, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** – precedido de Discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUBIANES, Carlos. **Manuale de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. 3v.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATINI, Giuseppe. **Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale**. Torino: UTET, 1953.

\_\_\_\_\_. **Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale**. Torino: UTET, 1956.

SALAVERRIA, Juan Igartua. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SALAZAR, Alonso. Suspension del procedimiento a prueba y proceso abreviado: un problema de constitucionalidad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 7, n. 26, p. 33-41, abril/junho 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHEZ RUBIO, David. **Filosofia, derecho y liberación en America Latina**. Bilbao: Desclee, 1999.

SANSÒ, Luigi. **La correlazione fra imputazione contestata e sentenza**. Milano: Giuffrè, 1953.

SANTIAPICHI, Severino. Modelli stranieri e tradizione nella scelta accusatoria. In: GAITO, Alfredo; PAOLOZZI, G.; VOENA, G.P. (a cura di). **Questioni nuove di procedura penale: I giudizi semplificati**. Padova: Cedam, 1989, p. 1-6.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SATTA, Salvatore. Dalla procedura civile al diritto processuale civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, v. I, p. 28-43, 1964.

\_\_\_\_\_. Il mistero del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, n. 3, v. IV – parte I, p. 273-288, 1949.

SCAPARONE, Metello. **Common law e processo penale**. Milano: Giuffrè, 1974.

SCHIMA, Hans. Compiti i limiti di una teoria generale dei procedimenti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. VII, v. II, p. 757-772, 1953.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do**



romance brasileiro. 5. ed. São Paulo: Duas cidades; Editora 34, 2000.

SICA, Leonardo. Mediação, processo penal e democracia. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 289-319.

SICILIANO, Saverio. La contestazione del diritto di punire – stato, criminalità, ambiente. In: **Giustizia penale e società contemporanea**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 109-137.

SIRACUSANO, Delfino. Introduzione. In: **Il giusto processo** – Atti del Convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996. Milano: Giuffrè, 1998, p. 21-33.

SIRACUSANO, Delfino *et alii*. **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, 2v.

SOSA, Angel Landoni. Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 88, p. 208-227.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SOUZA, Paulo Clinger de. **A dialética da liberdade em Locke**. Londrina: Eduel, 2003.

SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Editora da UNB, 1987.

\_\_\_\_\_. **Para uma crítica da eficácia do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

SPANGHER, Giorgio. Meccanismi di semplificazione del procedimento. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina**. Padova: Cedam, 1994, p. 289-303.

\_\_\_\_\_. Introduzione generale. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). **Verso una giustizia penale "conciliativa"**: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace. Milano: Giuffrè, 2002, p. 169-176.

STEFANI, Eraldo. **Manuale delle indagini difensive nel processo penale**: aspetti teórico-pratici di investigazione privata; utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 31, p. 75-101, julho/setembro 2000.

TADIÉ, Alexis. **Locke**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 23, n. 91, p. 92-114, julho/setembro 1998.

TAORMINA, Carlo. **L'istruttoria preliminare**. Roma: Bulzoni, 1968.

TARZIA, Giuseppe. Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. LIII, n. 3, v. II, p. 657-672, luglio-settembre 1998.

TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicanas: memoria del Taller de Derecho Procesal**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003.

\_\_\_\_\_. Giudizio, processo, decisione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. LII, v. II, p. 787-804, 1998.

\_\_\_\_\_. **Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Bologna, 1991.

\_\_\_\_\_. La motivazione della sentenza. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, n. 31, p. 177-185, janeiro/março 2004.

\_\_\_\_\_. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XXIX, p. 265-295, 1974.

\_\_\_\_\_. Note per una riforma del diritto delle prove. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XLI, n. 2-3, p. 237-292, 1986.

\_\_\_\_\_. Prove atipiche e convincimento del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XXVIII, n. 3, p. 389-434, 1973.

\_\_\_\_\_. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. (trad. Cândido Rangel Dinamarco) Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

\_\_\_\_\_. Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a. XL, n. 3, p. 1133-1168, 1986.

\_\_\_\_\_. **Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

TONINI, Paolo. I procedimenti semplificati. In: SIRACUSANO, Delfino *et alli* (org.) **Le nuove disposizioni sul processo penale**. Padova: Cedam, 1989, p. 99-124.

\_\_\_\_\_. I procedimenti semplificati. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 467-493.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099/1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRANCHINA, Giovanni. Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale. In: **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**. v. 3: il nuovo processo penale – studi di diritto straniero e comparato. Milano: Giuffrè, 1991, p. 495-511.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, ação e processo penal**. Belém: CEJUP, 1984.

\_\_\_\_\_. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UBERTIS, Giulio. Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo. In: **Per una giustizia penale più solleata: ostacoli e rimedi ragionevoli**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 15-28.

\_\_\_\_\_. Diritto alla prova nel processo penale e corte europea dei diritti dell'uomo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, a. XLIX, n. 2, p. 489-503, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**. Milano: Giuffrè, 1979.

\_\_\_\_\_. **Verso un 'giusto processo' penale**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale**: principi fondamentali. Milano: Giuffrè, 1975.

VASSALI, Giuliano. **La potestà punitiva**. Torino: UTET, 1942.

VÉLEZ-MARICONDE, Alfredo. **Bases de un nuevo proceso penal**: el proyecto de Mario Antelo. Córdoba: Comercio y Tribunales, 1937.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Córdoba: Argentina, 1986.

\_\_\_\_\_. **El proceso penal inquisitorio**. Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei. Padova: CEDAM, 1958.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Trad. Frederico Carott. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de direito processual penal**: uma homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. v. 1. Porto Alegre: Safe, 1994.

\_\_\_\_\_. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1995.

\_\_\_\_\_. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Safe, 1994, p. 81-95.

\_\_\_\_\_. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Editora UnB, p. 31-42.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WINDSCHEID, Bernhard & MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la actio**. Trad. Thomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. v. I. Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. v. III. Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKLOAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Presses Universitaires de

France, 1995.

**ANEXO I**  
**PROJETO DE CÓDIGO PROCESSUAL PENAL MODELO PARA IBERO-AMÉRICA**  
**(excerto com os artigos referentes aos procedimentos)**

**LIBRO SEGUNDO**  
**EL PROCEDIMIENTO COMUN**  
**TITULO 1**  
**PREPARACION DE LA ACCION PUBLICA**  
**CAPITULO 1**  
**PERSECUCION PENAL PUBLICA**

229. Persecución penal. La persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el ministerio público, con el auxilio policial (art. 73 y ss.), sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley penal.

El ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

Cuando la ley penal condicione la persecución penal a una instancia particular o a la autorización estatal, el ministerio público la ejercerá una vez que se produzca la instancia o la autorización por los medios que la ley disponga, sin perjuicio de realizar o requerir los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían con la demora, siempre que no afecten el interés protegido por la necesidad de la instancia o de la autorización.

230. <sup>898</sup> Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del ministerio público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente.

El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el ministerio público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.

231. <sup>899</sup> Suspensión del proceso a prueba. Cuando la ley penal permita la suspensión de la persecución penal, se aplicará el

---

<sup>898</sup> Los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal; sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado —la mayoría de las veces constitucionales—, la fijación de estos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal. Se incluye, a continuación, un ejemplo posible sobre criterios de oportunidad.

«En las acciones que deben ser ejercidas por el ministerio público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento, en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de hechos que por su significancia o su falta de frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

2. Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3. Cuando se tratare de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.

4. Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo.

5. Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidas por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará, se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. En estos supuestos, el procedimiento podrá ser reabierto y se podrá proseguir la persecución penal, si la pena o medida de seguridad esperada no se ejecuta o impone».

<sup>899</sup> La regulación jurídica de la posibilidad de suspender el proceso a prueba, sintéticamente: probation, es materia de la ley penal (casos, condiciones, efectos, instrucciones e imposiciones, plazo de prueba), pues constituye un aspecto material del ejercicio de la persecución penal (ver nota artículo anterior). Ordinariamente, toda su regulación tiene relación expresa con la condena condicional, la remisión de la pena o la suspensión condicional de la pena. Se incluye, a continuación, un ejemplo posible:

«Suspensión a prueba del trámite de la causa. Si, en casos en los que es admisible la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena, el ministerio público propone la suspensión de la persecución penal y el acusado presta conformidad, admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan, el tribunal podrá disponer la paralización a prueba del trámite de la causa, siempre que: el acusado hubiere reparado el daño convenientemente; afianzarse suficientemente esa reparación; demostrare la absoluta imposibilidad de hacerlo; o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba.

Plazo de prueba. Al resolver la paralización, el juez fijará prudentemente un plazo de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco, durante el cual el imputado será sometido a un régimen análogo al de la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena. Vencido el plazo de prueba sin que la paralización sea revocada, el juez declarará extinguida la acción penal. El plazo de prueba suspende la prescripción de la acción.

Condiciones. El Tribunal dispondrá que el imputado, durante el período de prueba, se someta a una o varias reglas de conducta, y vigilará el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Las reglas de conducta podrán consistir en:

1. residir o no residir en un lugar determinado y someterse a la vigilancia que determine el tribunal;
2. prohibición de frecuentar determinados lugares o personas;
3. abstenerse de usar estupefacientes y abusar de bebidas alcohólicas;
4. comenzar o finalizar la escolaridad primaria si no la tuviere cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el tribunal;
5. prestar trabajo no retribuido a favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo;
6. reparar el daño causado, en la medida de lo posible;
7. someterse a un tratamiento, si fuere necesario;

procedimiento abreviado (arts. 371 y ss.), con las siguientes modificaciones

1. después de oído el imputado, el tribunal decidirá acerca de la sus pensión del procedimiento y, en caso de concederla, especificará concretamente las instrucciones e imposiciones a que debe someterse el imputado;
2. caso contrario, mandará seguir el procedimiento adelante, por la vía que corresponda.

La resolución conforme al inc. 1 será notificada al imputado, siempre en su presencia y por el juez, con expresa advertencia sobre las instrucciones e imposiciones y de las consecuencias de su inobservancia.

El Tribunal de ejecución proveerá al control sobre la observancia de las imposiciones e instrucciones, a cuyo fin recibirá copia de la resolución; deberá comunicar cualquier inobservancia al tribunal que suspendió el procedimiento.

La decisión es irrecurrible, salvo para el imputado y el ministerio público, cuando sostengan que no han prestado su consentimiento para la suspensión del procedimiento, o cuando las instrucciones o imposiciones sean ilegítimas, en cuyo caso podrán interponer el recurso de casación.

En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal otorgará posibilidad de audiencia al ministerio público y al imputado, y resolverá, por auto fundado, acerca de la reanudación de la persecución penal. La decisión podrá ser precedida de una investigación sumaria y es irrecurrible.

232. Necesidad y alcance de la persecución penal. Tan pronto el ministerio público toma conocimiento de un hecho punible, por denuncia

o por cualquier otra vía fehaciente, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuicio miento del imputado o el sobreseimiento (absolución anticipada), salvo en los casos de excepción mencionados en el art. 229 y las facultades previstas en los arts. 230 y 231. El ejercicio de las facultades previstas en los arts. 230 y 231 no lo eximirá de la investigación imprescindible para asegurar los elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes.

Es obligación del ministerio público extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo, cuidando de procurar con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida por demora es de temer. Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles, lo requerirá en seguida al juez de la instrucción o, en caso de urgencia, al juez más próximo. El ministerio público debe también procurar la pronta evacuación de las citas del imputado para aclarar el hecho y su situación.

El incumplimiento o la demora injustificada serán consideradas falta grave y hará pasible al funcionario de las sanciones y responsabilidades previstas en la ley.

## CAPITULO 2 OBSTACULOS A LA PERSECUCION PENAL Y CIVIL

233. Cuestión prejudicial. Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, éste deberá ser pro movido y proseguido por el ministerio público, con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión lo permita.

Cuando el ministerio público no esté legitimado para provocar la de cisión final sobre la cuestión por el juez competente, notificará sobre la existencia de la cuestión prejudicial a la persona legitimada y le requerirá, a su vez, noticias sobre la promoción del proceso y su desarrollo.

234. Planteo de la cuestión y efectos. La cuestión prejudicial podrá ser deducida por cualquiera de los intervinientes ante el tribunal que conozca, por escrito fundado y oralmente durante el debate. Durante el procedimiento preparatorio a cargo del ministerio público se deducirá ante el juez de la instrucción.

El tribunal dictará resolución y, si acepta como sería, fundada y verosímil la existencia de la cuestión prejudicial, el procedimiento se sus penderá hasta que ella sea resuelta por el juez competente, sin perjuicio de los actos urgentes de investigación que no admitan demora. Cuando el imputado estuviere detenido, se ordenará su libertad.

Si el tribunal rechaza la cuestión, mandará seguir el procedimiento. 235. Privilegio constitucional. Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento especial previo de desafuero o destitución previstos constitucionalmente, el tribunal competente, si considera fundada la persecución penal, solicitará el desafuero o la destitución del imputado a la autoridad correspondiente, con un informe de las razones que justifican el pedido, acompañando copia de las actuaciones correspondientes. En caso contrario, declarará que no puede proceder y archivará las actuaciones.

El ministerio público deberá requerir la decisión del juez de la instrucción.

Contra el titular del privilegio no se podrá realizar actos que impliquen una persecución personal hasta su desafuero, destitución o cesación en sus funciones. Sólo se podrá practicar los actos urgentes de investigación que no admitan demora y los indispensables para fundar la petición. Culminada la investigación esencial se archivarán las piezas de convicción, salvo que el procedimiento continúe con relación a otros imputa dos que no ostentan el privilegio.

Rige esta disposición cuando se requiera la conformidad de un gobierno extranjero.

236. Excepciones. Durante el procedimiento preparatorio, ante el juez de la instrucción, y en los demás periodos del procedimiento, ante el tribunal competente, según las oportunidades previstas, los intervinientes podrán oponerse a la persecución penal o a la acción civil, por los siguientes motivos:

1. incompetencia;
2. falta de acción, porque no se pudo promover, o no se promovió conforme a la ley o no pudiere proseguir;

---

8. permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.

Revocación y suspensión. Cuando el imputado se apartare considerablemente, en forma injustificada, de las condiciones impuestas o cometiere un nuevo delito, se revocará la suspensión y la causa continuará su curso.

El Tribunal podrá disponer un período accesorio de prueba, conforme a la gravedad y persistencia de la falta, que nunca podrá superar el plazo máximo de cinco años previsto anteriormente.

El plazo de prueba se suspenderá mientras el procesado se encuentre privado de su libertad en otro proceso. Cuando el procesado estuviere sometido a otro proceso y no se lo privare de libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de ex tinción de la acción penal hasta que quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad o hacer cesar indefinidamente, a su respecto, el otro proceso.

La revocación de la suspensión a prueba del trámite de la causa no impedirá la conde nación condicional, la suspensión de la pena o la remisión de la pena, ni impedirá la aplicación de alguna de las penas que puedan reemplazar a la privativa de libertad».

3. extinción de la persecución penal o de la pretensión civil.

El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá asumir de oficio la solución de algunas de las cuestiones anteriores, cuando ello sea necesario para decidir en las oportunidades que la ley prevé y siempre que la cuestión, por su naturaleza, no requiera la instancia del legitimado a promoverla.

237. Trámite durante el procedimiento preparatorio. En el escrito en el cual el interesado deduzca estas cuestiones deberá ofrecer toda la prueba de los hechos afirmados y acompañar la documentación que obre en su poder.

Del escrito se dará vista a los demás intervinientes, quienes, en su contestación, cumplirán con la exigencia del párrafo anterior.

El juez admitirá o rechazará los medios de prueba, ordenará, en su caso, las diligencias correspondientes para recibirlos y citará a todos los intervinientes a una audiencia oral en la cual se escuchará a los testigos y peritos y se examinará los otros medios de prueba. Inmediatamente después, decidirá por resolución fundada. Cuando la cuestión fuere de puro derecho, no se hubiere ofrecido prueba o se rechazare la ofrecida, el juez decidirá sin audiencia.

Y El rechazo de la excepción no impedirá que sea deducida nuevamente durante el procedimiento intermedio. Contra las decisiones que acogen una excepción puede ser deducida la queja, dentro de los tres días posteriores a la notificación, en la forma y ante el tribunal previstos por el art. 221, salvo que se tratare de la oposición a la constitución del querellante o de las partes civiles, caso en el cual regirán las reglas respectivas. (arts. 85, 98, 104, 268 y siguientes).

238. Efectos. La cuestión prevista en el inc. 1 del art. 236, será resuelta antes que cualquier otra. Si se declara la incompetencia, se procederá conforme al art. 21. Si se reconoce la múltiple persecución penal simultánea, se deberá decidir cuál es el único tribunal competente y proceder conforme a los arts. 17 y 21, según el caso. Si se tratare de cosa juzgada, se archivarán los autos.

Si se declara la falta de acción, se archivarán los autos, salvo que la persecución pudiere proseguir por medio de otro interviniente, en cuyo caso la decisión sólo desplazará del procedimiento a aquel a quien afecta. La falta de poder suficiente y los defectos formales de un acto de constitución podrán subsanarse hasta la oportunidad prevista en los arts. 81 y 95.

En los casos del inc. 3 del art. 236, se decretará el sobreseimiento (absolución anticipada) o se rechazará la demanda, según corresponda.

### **CAPITULO 3 ACTOS INTRODUCTORIOS**

239. Denuncia. Cualquier persona puede comunicar a la policía, al ministerio público o a un juez con competencia penal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública, por escrito ante los jueces, que hará constar su identidad verificándola con el documento público idóneo que el denunciante presente, oralmente o por escrito ante la policía y el ministerio público que, a ese efecto, protocolizarán en acta la versión oral y harán constar la identificación del denunciante según antes se indicó.

En los delitos dependientes de instancia o autorización se procederá de la misma forma a recibir la instancia o la autorización.

La denuncia por mandatario requiere poder especial al efecto.

240. Denuncia obligatoria. Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, exceptuando los que requieren instancia o autorización para su persecución, y sin demora alguna:

1. los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto;

2. quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u oficio, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto;

3. quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieran a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución o entidad, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, por personas que desempeñen esas mismas funciones en la institución o entidad, siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesgare la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos, o de una persona que conviva con el denunciante, ligada a él por lazos especiales de afecto.

241. Contenido. La denuncia contendrá, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos.

242. Intervención posterior. El denunciante no intervendrá posteriormente en el procedimiento, ni contraerá a su respecto responsabilidad alguna, sin perjuicio de la que pudiere corresponderle según el art. 410 y por disposiciones ajenas a las de este Código.

243. Delegación de la acción civil. La denuncia puede contener, cuando corresponda, el pedido de que el Estado asuma en su nombre el ejercicio de la acción civil proveniente del hecho punible, delegación que el ministerio público comunicará sin demora al órgano que designe la ley orgánica.

244. Querella. La querella se presentará por escrito, ante el juez de la instrucción, y deberá contener, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidas, y los demás datos exigidos para la instancia de constitución.

Agregará también la prueba documental en su poder o indicará el lugar donde ella está.

245. Denuncia y querella ante un tribunal. Cuando a la denuncia o la querella se presente ante un tribunal, éste la remitirá inmediatamente, con la documentación acompañada, al ministerio público, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 79 y ss., para lo cual extraerá copia.

246. Prevención policial. Los funcionarios policiales que tengan noticia de un hecho punible perseguible de oficio, informarán en seguida detalladamente al ministerio público y practicarán una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos.

A tal efecto tendrán todas las facultades otorgadas por este Código al ministerio público, actuando bajo su dirección.

247. Formalidades. La prevención policial observará, para documentar sus actos, en lo posible, las reglas previstas para el procedimiento preparatorio a cargo del ministerio público. Bastará con asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias prácticas, con expresión del día en que se las realizó, y cualquier circunstancia de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las instrucciones recibidas. El acta será firmada por las personas que proporcionen información, las demás personas que hubieren intervenido y el oficial que dirige la investigación.

248. Actos jurisdiccionales. Cuando resulte urgente la realización de un acto jurisdiccional, el oficial a cargo de la investigación informará al ministerio público, quien lo requerirá al juez de la instrucción; en casos de extrema urgencia la policía podrá requerir directamente el acto al juez de la instrucción con noticia al ministerio público.



249. Remisión de actuaciones. Las actuaciones y cosas secuestradas serán remitidas al ministerio público en el más breve plazo posible, con forme a las necesidades de la investigación, sin perjuicio de lo previsto para el caso de aprehensión de personas.

El ministerio público podrá requerir las actuaciones en cualquier momento o fijar un plazo para su conclusión y remisión.

#### **CAPITULO 4 PROCEDIMIENTO PREPARATORIO (INSTRUCCION)**

250. Objeto de la investigación. En procura de la verdad (art. 232), el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

251. Desestimación. El ministerio público solicitará al juez de la instrucción, por requerimiento fundado, el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial, cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito o cuando no se pueda proceder.

De la misma manera procederá en los casos previstos en los arts. 230 y 231.

El pedido de archivo no eximirá al ministerio público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

252. Efectos. La resolución que ordena el archivo no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias conocidas que la fundan o se mantenga el obstáculo que impide la persecución, sin perjuicio de las facultades que el art. 230, párr. II otorga al ministerio público.

El juez, al ordenar el archivo, remitirá las actuaciones nuevamente al ministerio público.

Si el juez no estuviere de acuerdo con el pedido de archivo, por resolución fundada, remitirá las actuaciones al superior jerárquico del ministerio público que corresponda, según la ley orgánica, quien determinará el funcionario que proseguirá la investigación.

253. Incompetencia. Si el ministerio público estimare que el juzgamiento del hecho corresponde a otra organización judicial, pedirá al juez de la instrucción, por requerimiento fundado, que así lo declare. La resolución provocará la remisión de las actuaciones al tribunal que se considere competente o su devolución al ministerio público, según el caso.

El pedido de incompetencia no eximirá al ministerio público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

254. Formalidades. Las diligencias practicadas constarán, en lo posible, en una sola acta, con expresión del día en que se las efectúa, y la identificación de las personas que proporcionan información.

El acta resumirá el resultado fundamental de los actos cumplidos y, con la mayor exactitud posible, describirá las circunstancias de utilidad para la investigación.

El acta será firmada por todos los intervinientes y por el funcionario del ministerio público que lleve a cabo el procedimiento.

255. Carácter de las actuaciones. Todos los actos de la investigación serán secretos para los extraños.

Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios. No obstante ello, los funcionarios que participen en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar secreto. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, el incumplimiento de esta obligación podrá ser sancionado conforme a las disposiciones de la Ley de Organización Judicial.

El ministerio público podrá disponer, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva.

No obstante, cuando la eficacia de un acto particular depende de la reserva parcial de las actuaciones, el ministerio público podrá disponer el secreto, con mención de los actos a los cuales se refiere, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, que nunca superará las cuarenta y ocho horas.

Los abogados que invoquen un interés legítimo deberán ser informados por el ministerio público o por la persona que él designe, acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiera. A ellos también les comprende la obligación de guardar secreto.

256. Proposición de diligencias. El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores o mandatarios podrán proponer medios de prueba en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El ministerio público los llevará a cabo si los considerare pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan.

257. Participación en los actos. El ministerio público podrá permitir la asistencia del imputado, de los demás intervinientes, de sus defensores o mandatarios a los actos que se deba practicar, cuando su presencia fuera útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación.

Los asistentes no tomarán la palabra sin expresa autorización de quien preside el acto, ni deberán perturbar la diligencia con signos de aprobación o desaprobación, pudiendo ser excluidos de la audiencia en caso de que no se comporten como corresponde, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Podrán solicitar que consten en el acta las observaciones que estimen pertinentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto.

258. Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el ministerio público o cualquiera de los intervinientes requerirán al juez de la instrucción que lo realice.

El juez de la instrucción practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado a todos los efectos por su defensor, salvo que pidiere expresamente intervenir personalmente y siempre que su detención se cumpla en el mismo lugar donde se practica el acto.

Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciera temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de los intervinientes de manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellos.

Cuando el juez de la instrucción rechace el requerimiento del ministerio público, él podrá acudir directamente al tribunal del procedimiento intermedio, solicitando que ordene la realización del acto.

259. Urgencia. Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el ministerio público podrá requerir verbalmente la intervención del juez de la instrucción y éste

practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto.

Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio el juez de instrucción podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al ministerio público. En el acta se dejará constancia de tallada de los motivos que determinaron la resolución.

260. Actos jurisdiccionales: autorizaciones: El ministerio público pro cederá de la misma manera en los casos en que la ley prevé la autorización judicial.

El juez de la instrucción decidirá por resolución fundada; rige el último párrafo del art. 258.

261. Facultades del ministerio público. El ministerio público puede exigir informaciones de toda persona y de todos los funcionarios públicos, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencias. Los funcionarios policiales estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión del ministerio público.

Lo mismo rige para los auxiliares del ministerio público.

El ministerio público puede aprehender a personas que perturben el cumplimiento de un acto determinado y mantenerlas detenidas hasta su finalización. La aprehensión no podrá durar más de seis horas. En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron, con indicación de la fecha y hora de su comienzo y cesación.

262. Duración. El ministerio público procurará dar término al procedimiento preparatorio lo antes posible, procediendo con la diligencia e que el caso requiera.

Pasados seis meses desde la individualización y comparecencia del imputado, cualquiera de los intervinientes podrá requerir al juez de la instrucción la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación. El juez emplazará al ministerio público, según las circunstancias particulares del caso.

Vencido este plazo, el ministerio público procederá conforme a las reglas del capítulo siguiente. Si no lo hiciera, a requerimiento de parte o de oficio, el juez de la instrucción procederá a examinar las actuaciones, y a emplazarlo por última vez para que cumpla los actos faltantes, que determinará en la decisión, y para que concluya según las reglas del capítulo siguiente.

## **CAPITULO 5 CONCLUSION**

263. Acusación. Cuando el ministerio público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá por escrito al tribunal la decisión de apertura del juicio.

La acusación deberá contener:

1. los datos que sirvan para identificar al imputado y el nombre y domicilio de su defensor;
2. la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado;
3. los fundamentos sintéticos de la imputación, con expresión de los medios de prueba utilizados;
4. la expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables;
5. la indicación del tribunal competente para el juicio.

Con la acusación remitirá al tribunal las actuaciones y los medios de prueba materiales que tenga en su poder.

El ministerio público podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

264. Declaración del imputado. En ningún caso el ministerio público acusará sin antes haber oído al imputado en la forma prevista por los arts. 41 y siguientes.

Sin embargo, en las causas sencillas, en las que no aparezca como necesario escucharlo personalmente, bastará con otorgarle la oportunidad de pronunciarse por escrito, sin perjuicio de su derecho a declarar (art. 47).

265. Sobreseimiento (absolución anticipada) o clausura. Cuando el ministerio público estime que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado requerirá el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura provisional.

Con el requerimiento remitirá al tribunal las actuaciones y los medios de prueba materiales que tenga en su poder.

266. Archivo. Cuando no se haya individualizado al imputado o cuando se haya declarado su rebeldía, el ministerio público dispondrá por escrito el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la prosecución del procedimiento para los demás imputados que

En este caso, notificará a los demás intervinientes la disposición, quienes podrán objetarla ante el juez de la instrucción, indicando los medios de prueba practicables o individualizando al imputado. El juez de la instrucción podrá revocar la decisión, indicando los medios de prueba útiles para continuar la investigación o para individualizar al imputado.

## **TITULO II PROCEDIMIENTO INTERMEDIO CAPITULO 1 DESARROLLO**

267. Comunicación. El tribunal ordenará la notificación del requerimiento del ministerio público al imputado y a las demás personas que hayan pretendido, con éxito o sin él, intervención en el procedimiento, con copia del escrito, colocando las actuaciones y los medios de prueba a su disposición en el tribunal, para su consulta, por el plazo de seis días, comunes para todos los intervinientes.

268. Imputado. Dentro del plazo previsto, el imputado y su defensor podrán:

1. señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
2. decidir las excepciones y oposiciones previstas en los arts. 236, 85 y 98;
3. formular objeciones contra el requerimiento del ministerio público, instando incluso el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura;
4. señalar los medios de prueba que estime omitidos, requiriendo que los practique el tribunal.

269. <sup>900</sup>Querellante. Dentro del plazo previsto, el querellante o quien, sin éxito, haya pretendido serlo podrá:

1. adherir a la acusación del ministerio público, exponiendo sus propios fundamentos, o manifestar que no acusará;

<sup>900</sup> Los países que prefieran la propuesta; alternativa del art. 78 modificarán el inc. 1), de la siguiente manera:

«1) adherir a la acusación del ministerio público exponiendo sus propios fundamentos, acusar él mismo o manifestar que no acusará».

2. señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;  
3. objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés penal, requiriendo su ampliación o corrección;

4. deducir las excepciones y plantear las oposiciones que correspondan;

5. objetar el pedido de sobreseimiento (absolución anticipada) o clausura;

6. señalar los medios de prueba que estime omitidos, requiriendo que los practique el tribunal.

Si el querellante o quien, sin éxito, haya pretendido serlo no se expidiere dentro del plazo o manifestare que no acusará, se tendrá por abandonada la querella.

270. Partes civiles. Dentro del mismo plazo podrán renovarse las instancias de constitución de las partes civiles que hayan sido rechazadas por el juez de la instrucción durante el procedimiento preparatorio.

En este plazo, el actor civil ya constituido o que pretenda constituirse, según el párrafo anterior, deberá concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretende, indicando la reparación deseada o estimando, cuando sea posible, el importe de la indemnización. La falta de cumplimiento de este precepto se considerará como desistimiento de la acción.

271. Constitución definitiva del querellante y las partes civiles. Dentro del mismo plazo, el ministerio público, el imputado, los demás intervinientes, sus mandatarios y defensores, podrán oponerse a la constitución definitiva del querellante y las partes civiles e interponer las excepciones que correspondan.

En el mismo acto acompañarán la prueba documental que pretendan hacer valer o señalarán la oficina o el registro al cual deberá ser solicitada y ofrecerán todos los demás medios de prueba que estimen omitidos o que pretendan hacer valer.

272. Recepción de la prueba. Vencido el plazo del art. 267, el tribunal ordenará practicar, en su caso, los medios de prueba pertinentes y útiles que fueron ofrecidos. También podrá ordenar de oficio los medios de prueba que considere útiles para la averiguación de la verdad.

Inmediatamente, expedirá los requerimientos de prueba documental, ordenará llevar a cabo las operaciones periciales y todo acto de instrucción que fuere imposible cumplir en la audiencia.

Cumplidos los actos preparatorios fijará audiencia pública, en la cual se recibirá la prueba correspondiente y se dará ocasión a todos los intervinientes que comparecieren para concluir acerca de sus pretensiones. El imputado podrá ser representado por un defensor si así lo pidiere.

Si nadie ofreció prueba, ni el tribunal considera necesario recibir algún medio de prueba, o la prueba incorporada fuere documental o de informes, el tribunal resolverá sin audiencia, conforme al artículo siguiente.

273. Resolución. El tribunal se avocará en seguida a la decisión de las cuestiones planteadas:

1. si se constatan vicios formales en la acusación, los designará detalladamente y ordenará al ministerio público su corrección, caso en el cual el ministerio público procederá según el último párrafo del artículo siguiente;

2. resolverá las instancias de constitución y en caso de excepciones u oposiciones, dictará la resolución que corresponda;

3. dictará el auto de apertura del juicio o, de lo contrario, el sobreseimiento (absolución anticipada), la clausura del procedimiento o el archivo.

La resolución que recaiga será notificada a todos los intervinientes.

274.<sup>901</sup> Auto de apertura. La resolución por la cual el tribunal decide admitir la acusación y abrir el juicio deberá contener:

1. la designación del tribunal competente para el juicio;

2. las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella;

3. la orden de interponer acusación cuando rechaza el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura pedidos por el ministerio público, caso en el cual se individualizará al imputado y determinará el hecho punible según se prevé en el art. 263;

4. la designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el tribunal sólo la admite parcialmente;

5. las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación.

La resolución conforme a los incs. 2 y 3 obligará al ministerio público a interponer acusación, según el auto de apertura. Esta acusación será notificada a todos aquellos a quienes se les haya otorgado participación definitiva en el procedimiento.

275. Medidas de coerción. El tribunal decidirá de oficio, junto a la apertura del juicio, acerca de la procedencia o la subsistencia de la prisión preventiva o la internación provisional, disponiendo, en su caso, la libertad del imputado.

276. Citación ajuicio. Al dictar el auto de apertura del juicio o, en el caso del último párrafo del artículo 274, cuando el ministerio público formule la acusación, el tribunal citará a todos aquellos a quienes se les haya otorgado participación definitiva en el procedimiento, a sus mandatarios, defensores y al ministerio público, para que en el plazo común de diez días comparezcan a juicio ante el tribunal designado, constituyan domicilio y ofrezcan prueba.

Si el procedimiento intermedio se hubiere realizado en un lugar distinto de aquel en el cual se llevará a cabo el juicio, el plazo de citación se prolongará cinco días más.

277. Remisión de actuaciones. Practicadas las notificaciones correspondientes, se remitirán las actuaciones, la documentación y las cosas secuestradas a la sede del tribunal competente para el juicio, poniendo a su disposición los detenidos que hubiera.

## CAPITULO 2 SOBRESEIMIENTO (ABSOLUCION ANTICIPADA) Y CLAUSURA DE LA PERSECUCION PENAL

278. Sentencia de sobreseimiento (absolución anticipada). Corresponderá sobreseer a un imputado:

1. cuando resulte con evidencia la falta de alguna de las condiciones que habilita la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección (arts. 384 y siguientes);

2. cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio (art. 263).

279. Forma y contenido de la sentencia. El sobreseimiento (absolución anticipada) deberá contener:

1. la identificación del imputado;

2. la descripción del hecho que se le atribuye;

<sup>901</sup> Ver art. 269. Para esa resolución se reemplazará los incs. 2, 3 y 4 por el siguiente inc. 2:

(«La mención del requerimiento objeto del juicio: la acusación del ministerio público, del querellante o ambas a la vez».

El inc. 5 se convertirá en inc. 3 y se suprimirá el párrafo final.

3. los fundamentos;

4. el dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables.

280. Valor y efectos. La sentencia de sobreseimiento (absolución anticipada) provocará, inmediatamente, la libertad del imputado privado de libertad, y la cesación de las medidas sustitutivas previstas en el art. 209, incs. 1 y 2. El tribunal podrá decidir la procedencia o la subsistencia de las otras medidas previstas en el art. 209.

El sobreseimiento (absolución anticipada) firme cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho (art. 4) y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas en ese hecho.

281. Clausura provisional (archivo). Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio (art. 263), se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura.

Contra el auto que clausura el procedimiento no procede el recurso de casación, salvo a favor del imputado cuando se sostenga la inobservancia de las reglas del art. 278.

Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal, para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento (absolución anticipada), el tribunal, a pedido del ministerio público o de alguno de los intervinientes, podrá permitir la reanudación de la investigación.

### TITULO III JUICIO CAPITULO 1 PREPARACION DEL DEBATE

282. Integración del tribunal; *competencia*. El tribunal se integrará conforme a las disposiciones de la ley de organización judicial, notificando inmediatamente a los intervinientes su constitución, para que en el plazo de cinco días interpongan las recusaciones que estimen pertinentes. En este caso, o cuando se aparte de oficio un juez, el presidente del tribunal reemplazará al vocal correspondiente.

El tribunal podrá rechazar la competencia atribuida por el tribunal del procedimiento intermedio, procediendo conforme a los arts. 20 y siguientes.

283. Ofrecimiento de prueba. Para ofrecer prueba se presentará la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y se señalará los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate. Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio.

Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallan, para que el tribunal los requiera.

Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretende probar.

284. Excepciones. El ministerio público, el imputado y los demás intervinientes, sus mandatarios o defensores, mientras no esté fijada la audiencia para el debate, podrá deducir las excepciones que no hubieren planteado con anterioridad o que se funden en hechos nuevos.

El tribunal podrá rechazar sin trámite las que fueran manifiestamente improcedentes; caso contrario, si las cuestiones planteadas no fueran de puro derecho, tramitará la excepción según lo previsto en los tres primeros párrafos del art. 237.

285. Anticipo de prueba. El presidente del tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes, con noticia a todos ellos, una investigación suplementaria a fin de recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fuera dificultoso cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación.

A tal efecto, el tribunal designará a uno de sus vocales, quien presidirá la instrucción ordenada. Los actos se cumplirán en la forma prevista en el art. 258, párr. II.

286. Unión y separación de juicios. Si por el mismo hecho punible atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones, el tribunal podrá ordenar la acumulación de oficio, o a pedido de algunos de los intervinientes, siempre que ello no ocasione un grave retardo del procedimiento.

Si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el tribunal podrá disponer, de la misma manera, que los debates se lleven a cabo separadamente, pero, en lo posible, en forma continua.

287. División del debate único. El tribunal podrá disponer, cuando resultare conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado, dividir un debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado y, posteriormente, la cuestión acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda, anunciándolo, a más tardar, en la apertura del debate. Cuando la pena máxima de los hechos punibles imputados, según la calificación jurídica de la acusación y del auto de apertura, supere los cinco años de privación de la libertad, la solicitud de división del debate único, hecha por el imputado o su defensor, obligarán al tribunal a proceder conforme al requerimiento.

En este caso, al culminar la primera parte del debate, el tribunal resolverá la cuestión de culpabilidad y, si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijará día y hora para la prosecución del debate sobre esta cuestión. Rigen, para la primera parte del debate, todas las reglas que regulan su desarrollo, y, para la decisión interlocutoria sobre la culpabilidad, las que regulan la sentencia, salvo las referidas específicamente a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección.

El debate sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo, de allí en adelante, según las normas comunes. La sentencia se integrará, después del debate sobre la pena, con el interlocutorio sobre la culpabilidad y la resolución sobre la pena o medida de seguridad y corrección aplicable. El plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de este último momento.

Cuando se ejerza la acción civil, el tribunal podrá disponer, al mismo tiempo, la división del debate sobre ella en la forma que mejor correspondiere al caso.

Durante el debate, el tribunal puede organizar la audiencia conforme a las reglas que anteceden, de manera informal, sin necesidad de dictar el interlocutorio sobre la culpabilidad.

288. Resolución y fijación de audiencia. El tribunal resolverá, en un solo auto, las cuestiones planteadas;

1. admitirá la prueba ofrecida o la rechazará cuando fuere ilegítima, manifiestamente impertinente, inútil o superabundante,

disponiendo las medidas necesarias para su recepción en el debate; en su caso, señalará los medios de prueba que se incorporarán al debate por su lectura;

2. fijará lugar, día y hora para la iniciación del debate, con intervalo no menor de diez días, computados continuadamente, ordenando la citación de todas aquellas personas que deberán intervenir en él.

289. Prueba de oficio. En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.

290. Sobreseimiento (absolución anticipada). Archivo. En la misma oportunidad el tribunal podrá, de oficio, dictar el sobreseimiento cuando fuere evidente una causa extintiva de la persecución penal, se tratase de un menor inimputable o exista una excusa absolutoria y siempre que para comprobar el motivo no sea necesario el debate.

De la misma manera, archivará las actuaciones cuando fuere evidente que no se puede proceder.

## CAPITULO 2 DEBATE

### Sección 1. Caracteres y dirección

291. Inmediación. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusare asistir, será custodiado en una sala próxima y representado a todos los efectos por su defensor.

Si el defensor no comparece al debate o se aleja de la audiencia, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el art. 63.

Si el actor civil o el querellante no concurren al debate, o se alejan de la audiencia, se tendrá por abandonada sus instancias (arts. 82 y 90), sin perjuicio de que puedan ser compelidos a comparecer como testigos.<sup>902</sup>

Si el tercero civilmente demandado no comparece al debate o se aleja de la audiencia, el debate proseguirá como si estuviera presente.

292. Imputado. El acusado asistirá a la audiencia libre en su persona, pero el presidente podrá disponer la vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o violencias.

Si el acusado estuviere en libertad el tribunal podrá disponer, para asegurar la realización del debate o de un acto particular que lo integre, su conducción por la fuerza pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella debe cumplirse; podrá también variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer alguna de las medidas previstas en los arts. 200 y siguientes.

293. Publicidad. El debate será público, pero el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que se efectúe, total o parcialmente, a puertas cerradas, cuando:

1. afecte el pudor u honestidad de alguno de los intervinientes o de alguna persona citada para participar en él;
2. afecte gravemente el orden público, la seguridad del Estado o las buenas costumbres;
3. peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
4. esté previsto específicamente (arts. 380, párr. II, 383, inc. 3 y 385, inc. 5).

La resolución será fundada y se hará constar en el acta del debate. Desaparecida la causa de la clausura, se hará ingresar nuevamente al público. El tribunal podrá imponer a los intervinientes en el acto el deber de guardar el secreto sobre los hechos que presenciaren o conocieren, decisión que constará en el acta del debate.

294. Restricciones al acceso. Se negará el acceso a los menores de dieciséis años o a cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia.

El presidente del tribunal podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según las posibilidades de la sala de audiencia.

295. Policía y disciplina. El presidente del tribunal ejercerá el poder de disciplina y policía de la audiencia.

Por razones de orden, higiene, decoro o eficacia del debate, podrá ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria.

Podrá también corregir en el acto con arresto hasta de dos días o con multa hasta de dos días del sueldo correspondiente a un juez del Tribunal de Casación, las infracciones previstas en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia. Si el infractor es el representante del ministerio público, el imputado, su defensor, las partes civiles, el querellante o sus mandatarios, la medida será dispuesta por el tribunal. En ese caso, rige el art. 291; el ministerio público reemplazará al fiscal expulsado; el actor civil y el querellante nombrarán o reemplazarán inmediatamente al representante y, si no lo hicieron, se tendrá por abandonada la instancia.

296. Deberes de los asistentes. Quienes asistan a la audiencia deberán permanecer respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formule. No podrán llevar armas u otros elementos aptos para molestar u ofender, no adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

297. Continuidad y suspensión. El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión; se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuadamente, sólo en los casos siguientes:

1. para resolver una cuestión incidental o practicar algún acto fuera de la sala de audiencias, incluso por una revelación inesperada que haga indispensable una instrucción suplementaria, siempre que no sea posible cumplir los actos en el intervalo entre dos sesiones;
2. cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes sin poder procederse conforme al art. 138 y fuere imposible o inconveniente continuar el debate, hasta que ellos sean hechos comparecer por la fuerza pública;
3. cuando algún juez, el imputado, su defensor o el representante del ministerio público, se enfermare a tal extremo que no pudieren continuar interviniendo en el debate, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se haya constituido, desde la iniciación del debate, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes integren el tribunal y permitan la continuación del debate; la regla regirá también en caso de muerte de un juez, del representante del ministerio público y del defensor.
4. cuando el ministerio público lo requiera para ampliar la acusación o el defensor lo solicite al ampliar el ministerio público la acusación, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Excepcionalmente, el tribunal podrá disponer la suspensión del debate, por resolución fundada, cuando alguna catástrofe o

<sup>902</sup> Ver arts. 269 y 274. Para esa solución se debe completar este párrafo:

«Si el juicio se lleva a cabo sobre la base exclusiva de la acusación del querellante, continuará el ministerio público como acusador, sin perjuicio de sus conclusiones».

algún hecho extraordinario similar torne imposible su continuación.

El tribunal decidirá la suspensión y anunciará el día y hora en que continuará la audiencia; ello valdrá como citación para todos los intervinientes. Antes de comenzar la nueva audiencia, el presidente del tribunal resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad. Los jueces y los representantes del ministerio público podrán intervenir en otros de autos durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decida lo contrario, por resolución fundada, en razón de la complejidad del caso.

El presidente ordenará los aplazamientos diarios, indicando la hora en que se continuará el debate.

298. Interrupción. Si el debate no se reanuda a más tardar al undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpido y deberá ser realizado de nuevo, desde su iniciación.

La rebeldía o la incapacidad del imputado (arts. 39 y 34) interrumpirán el debate, salvo que el impedimento se subsane dentro del plazo previsto en el párrafo anterior o que proceda el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección (arts. 384 y siguientes).

299. Oralidad. El debate será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en el. Las resoluciones fundadas del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate.

Quienes no pudieren hablar o no lo pudieren hacer en el idioma nacional, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o relatándose las preguntas o las contestaciones en la audiencia.

El imputado sordo o que no pudiese entender el idioma nacional será a dotado de un intérprete para que le transmita el contenido de los actos del debate.

300. Lectura. Sólo podrán ser incorporados por su lectura:

1. las actas o dictámenes, cuando los intervinientes presten conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan durante el debate, con la aquiescencia del tribunal;
2. Las declaraciones anteriores de testigos o del imputado, cuando sea necesario ayudar a la memoria de quien declara para demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate y solicitar las aclaraciones pertinentes;
3. las declaraciones de testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país, se ignore su residencia o que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de la instrucción suplementaria (arts. 258 y 285).
4. las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, según una autorización legal;
5. los dictámenes periciales, siempre que hayan sido cumplidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de la instrucción suplementaria (arts. 258 y 285) y salvo la facultad de los intervinientes o del tribunal de exigir la declaración del perito en el debate;
6. las declaraciones de imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate;
7. la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate.

301. Imposibilidad de asistencia. Los órganos de prueba que no puedan concurrir al debate por un impedimento justificado serán examinados en el lugar donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal o por medio de exhorto a otro juez, según los casos, pudiendo participar en el acto los demás intervinientes en el debate.

El tribunal podrá decidir, en razón de la distancia, que las declaraciones testimoniales o los dictámenes periciales se reciban en donde resida el testigo o el perito por un juez comisionado, labrándose el acta o el informe escrito respectivo, que se leerá en la audiencia, salvo cuando quien ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta.

302. Dirección del debate. El presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas pertinentes, hará las advertencias que correspondan, exigirá las ratificaciones solemnes, moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad o no resulten admisibles, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la libertad de defensa.

Si una disposición del presidente es repuesta como inadmisibles por alguno de los intervinientes en el debate, decide el tribunal.

303. Delito en audiencia. Si durante el debate se cometiera un delito, el tribunal ordenará labrar un acta con las indicaciones que correspondan y detendrá al presunto culpable; éste será puesto a disposición del funcionario del ministerio público que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda según la ley.

## Sección 2. Desarrollo

304. Apertura. En el día y hora fijados, el tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Después de verificar la presencia del ministerio público, del imputado y su defensor, y de los demás intervinientes que hubieran sido admitidos, de los testigos, peritos o intérpretes que deben tomar parte, el presidente del tribunal declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado que esté atento a lo que va a oír, ordenando la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio.

305. Incidentes. Todas las cuestiones incidentales que se pudieran suscitar serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate.

En la discusión de las cuestiones incidentales, al ministerio público, al defensor y a los abogados de los demás intervinientes se les concederá la palabra una única vez, por el tiempo que establezca el presidente.

306. Declaraciones del imputado. Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales, el presidente recibirá declaración del imputado. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá, en principio, que él manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente. Podrán interrogarlo los vocales del tribunal, el ministerio público, el querellante, el defensor y las partes civiles, en ese orden.

Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurriere en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, que se le pondrán de manifiesto, el presidente ordenará la lectura de aquellas declaraciones, siempre que se hubieren observado las reglas pertinentes.

Cuando hubiera declarado sobre el hecho se le podrá formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

307. Declaración de varios imputados. Si los imputados fueren varios, el presidente podrá alejar de la sala de la audiencia a los que no declaren en ese momento, pero después de todas las declaraciones deberá informarlos sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

308. Facultades del imputado. En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere pertinentes, incluso si antes se hubiera abstenido, siempre que se refieran al objeto del debate. El presidente impedirá cualquier divagación y, si persistiere, podrá proponer al tribunal alejarlo de la audiencia (art. 295).

El imputado podrá también hablar con su defensor, sin que por ello la audiencia se suspenda; no lo podrá hacer durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formule. En este momento tampoco se admitirá sugerencia alguna.

309. Ampliación de la acusación. Durante el debate, el ministerio público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integra la continuación delictiva, que no hubieren sido mencionados en la acusación o en el auto de apertura del juicio.

En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el presidente procederá a recibir nueva declaración del imputado e informará a todos los intervinientes que tienen derecho a pedir la sus pensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa (art. 297).

Los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación.

310. Advertencia de oficio. Rige también lo dispuesto en el art. 322, a cuyo efecto el presidente formulará oportunamente la advertencia correspondiente, concediendo a los intervinientes el derecho consignado en el artículo anterior.

311. Recepción de pruebas. Después de la declaración del imputado, el presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.

312. Peritos. El presidente hará leer las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos; si éstos hubieran sido citados, responderán directamente a las preguntas que les formulen los intervinientes, sus abogados o consultores técnicos y los miembros del tribunal. Si resultare conveniente, el tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

Estas disposiciones son aplicables, en lo pertinente, a los intérpretes.

313. Testigos Inmediatamente, el presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno, comenzando por los que hubiere ofrecido el ministerio público, continuando por los propuestos por los demás actores y concluyendo con los de los acusados y los del tercero civilmente demandado. El presidente, sin embargo, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate. Después de hacerlo, el presidente dispondrá si continuarán en la antesala.

Si fuere imprescindible, el presidente podrá autorizar a los testigos a presenciar los actos del debate; se podrá llevar a cabo confrontaciones entre testigos o entre el testigo y el acusado (careos) o reconstrucciones.

314. Interrogatorio. El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias necesarias para valorar su testimonio (generales de la ley), le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. Al finalizar el relato, concederá el interrogatorio a aquel que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que deseen interrogar, en el orden que considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo, a fin de conocer circunstancias de importancia para el éxito del juicio.

El presidente moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. La resolución que sobre ese extremo adopte será reponible, decidiendo inmediatamente el tribunal.

Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y precisarán el origen de la noticia, designando con la mayor precisión posible a los terceros que se la hubieran comunicado.

315. Incomparecencia. Cuando el perito o testigo oportunamente citado no hubiere comparecido, el presidente dispondrá lo necesario para hacerlo comparecer por la fuerza pública. Si estuviere imposibilitado para concurrir y no pudiese esperarse hasta la superación del obstáculo, o no resultare conveniente la suspensión de la audiencia, el presidente designará a uno de los miembros del tribunal para que la audiencia se lleve a cabo donde esté la persona a interrogar. Todos los intervinientes podrán participar en el acto, según las reglas anteriores.

Se labrará acta, lo más detallada posible, que será firmada por quienes participen en el acto, si lo desean, la que se producirá por su lectura al debate.

Si el testigo estuviere en algún lugar distante de aquel en el cual se celebra el debate, las reglas anteriores podrán cumplirse por medio de mandamiento o exhorto, pudiendo los intervinientes designar quien los representará ante el juez comisionado o consignar por escrito las preguntas que deseen formular.

316. Otros medios de prueba. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todos los intervinientes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

Todos los elementos de convicción podrán ser presentados a los peritos y a los testigos durante sus declaraciones, quienes podrán ser invitados a reconocerlos o a informar sobre ellos lo que fuere pertinente.

Si para conocer los hechos fuere necesario una inspección o una reconstrucción, el tribunal podrá disponerlo, aun de oficio, y el presidente ordenará las medidas necesarias para llevar a cabo el acto. Si el acto se realizare fuera del lugar de la audiencia, el presidente deberá informar sumariamente sobre las diligencias realizadas.

317. Nuevas pruebas. El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes; las operaciones periciales necesarias se practicarán en la misma audiencia, cuando fuere posible.

318. Discusión final y clausura. Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al ministerio público, al querellante, al actor civil, a los defensores del imputado y a los abogados del tercero civilmente demandado, para que, en ese orden, emitan sus conclusiones.

Las partes civiles limitarán su informe a los puntos concernientes a la responsabilidad civil. En ese momento, el actor civil deberá concluir, fijando su pretensión para la sentencia, incluso, en su caso, el importe de la indemnización. Sin embargo, de conformidad con el imputado y, eventualmente, con el tercero civilmente demandado, podrá dejar la estimación del importe indemnizatorio para el procedimiento de ejecución de la sentencia.

Si intervinieren dos representantes del ministerio público o dos abogados por alguno de los demás intervinientes, todos podrán hablar dividiéndose la tarea.

Sólo el ministerio público y el defensor del imputado podrán replicar; corresponderá al segundo la última palabra. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido objeto del informe.

En el caso de manifiesto abuso de la palabra, el presidente llamará la atención al orador, y, si este persistiere, podrá limitar prudentemente el tiempo del informe, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el plazo, el orador deberá emitir conclusiones; la omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

Por último, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar, concediéndole la palabra, y cerrará el debate.

Sección 3. Sentencia

319. Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces que hayan intervenido en él pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir el secretario. Rigen, sólo para los jueces, los arts. 297 y 298, en lo pertinente.

320. Reapertura del debate. Si el tribunal estimare imprescindible, durante la deliberación, recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, conforme al art. 317, podrá disponer, a ese fin, la apertura del debate. Resuelta la reapertura, se convocará a los intervinientes a la audiencia, ordenándose la citación urgente de los que deban declarar o la realización de los actos correspondientes. La discusión final quedará limitada al examen de los nuevos elementos.

321. Normas para la deliberación y votación. El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate; rige el art. 149.

Resolverá por mayoría de votos. Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias deberán fundarse expresamente.

El tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia, a la promoción o prosecución de la persecución penal o de la acción civil, cuando se hubieren planteado o hubieren surgido durante el debate. Si se decide proseguir, quien hubiere quedado en minoría deberá deliberar y votar sobre las cuestiones siguientes.

La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena y sobre la sanción penal o la medida de seguridad y corrección correspondiente. Si se hubiere ejercido la acción civil, admitirá la demanda, en la forma que corresponda, o la rechazará.

Sobre la sanción penal o la medida de seguridad y corrección, deliberarán y votarán todos los jueces, incluso aquellos cuya opinión haya que dado en minoría. Cuando exista la posibilidad de aplicar diversas clases de penas o, dentro de una misma clase, penas divisibles o indivisibles, el tribunal deliberará y votará, en primer lugar, sobre la especie de pena a aplicar, decidiendo por mayoría de votos. Si no fuere posible lograr la mayoría se aplicará la sanción o medida intermedia.

Si la pena decidida fuera divisible y no existiere mayoría en cuanto a la cantidad, se aplicará la que resulte de la suma y división de todas las opiniones expuestas. De la misma manera se procederá cuando no se obtenga mayoría respecto de la indemnización correspondiente.

322. Sentencia y acusación. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descriptas en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura del juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica (art. 310); la regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección.

323. Requisitos de la sentencia. La sentencia contendrá:

1. la mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal; cuando se ejerza la acción civil, el nombre y apellido del actor civil y, en su caso, del tercero civilmente demandado; 2. la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y del auto de apertura del juicio; los daños cuya reparación reclama el actor civil y su pretensión reparatoria;

3. el voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;

4. la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado;

5. la parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;

6. la firma de los jueces; pero si uno de los miembros del tribunal no pudiese suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

324. Pronunciamiento. La sentencia se pronunciará siempre en nombre del pueblo. Redactada la sentencia, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de la audiencia, después de ser convocados verbalmente todos los intervinientes en el debate, y el documento será leído ante los que comparezcan. La lectura valdrá en todo caso como notificación, entregándose posteriormente copia a los intervinientes que la requieran. El original del documento se protocolizará.

Cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora tornen necesario diferir la redacción de la sentencia, en la oportunidad se leerá tan sólo su parte resolutive y el tribunal designará un juez relator que imponga a la audiencia, sintéticamente, de los fundamentos de hecho y derecho que motivaron la decisión. La lectura de la sentencia se deberá llevar a cabo, a más tardar, dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

325. Absolución. La sentencia absolutoria se entenderá libre en todos los casos. Ordenará, cuando corresponda, la libertad del acusado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, la aplicación de medidas de seguridad y corrección y resolverá sobre las costas.

Para las medidas de seguridad y corrección y las inscripciones rige el artículo siguiente.

326. Condena. La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y corrección que correspondan. También determinará la remisión o suspensión de la pena, o la condicionalidad de la condena, y, cuando correspondiere, las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

En las penas o medidas de seguridad y corrección divisibles fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación; en las penas perpetuas y en las medidas de seguridad y corrección indeterminadas temporalmente, rige la última parte de esta regla.

Fijará también el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa.

En su caso, unificará las condenas o las penas (art. 10), cuando fuere posible.

La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; decidirá también sobre el decomiso y destrucción, previstos en la ley penal.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará inscribir en él una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento.

327. Acción civil. Cuando se haya ejercido la acción civil y la pretensión se haya mantenido hasta la sentencia, sea ella condenatoria o absolutoria, resolverá expresamente sobre la cuestión, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.

328. Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia, que habilitan la casación, son los siguientes:

1. que el acusado o las partes civiles no estén suficientemente individualizados;
2. que falte la enunciación de los hechos imputados o la enunciación de los daños y la pretensión reparatoria del actor civil;
3. que falte, sea insuficiente o contradictoria la motivación;
4. que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutive;
5. que falte la fecha o la firma de los jueces, según lo dispuesto en el inc. 6 del art. 323.



6. la inobservancia de las reglas y del plazo previsto en los arts. 319 y 324, último párrafo;

7. la inobservancia de las reglas del art. 322.

Los demás defectos que existieren según las reglas del art. 321, podrán ser subsanados de oficio por el tribunal o por pedido de aclaración del interesado.

329. Acta del debate. Quien desempeñe la función de secretario durante el debate labrará un acta, que contendrá, por lo menos, las siguientes enunciaciones:

1. lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia, con mención de las suspensiones ordenadas y de las reanudaciones;

2. el nombre y apellido de los jueces, de los representantes del ministerio público, del imputado y de los demás intervinientes que hubieren participado en el debate, incluyendo defensor y mandatario, con mención del papel que cumplían en él;

3. el desarrollo del debate, con mención del nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con aclaración acerca de si ratificaron solemnemente sus declaraciones o no lo hicieron, y el motivo de ello, designando los documentos leídos durante la audiencia;

4. las instancias y decisiones producidas en el curso del debate, y las conclusiones finales del ministerio público, del defensor, de los demás intervinientes y del imputado, si la hubiere;

5. la observancia de las formalidades esenciales, con mención de si se procedió públicamente o fue excluida la publicidad, total o parcialmente;

6. otras menciones previstas por la ley, o las que el presidente ordene por sí o a solicitud de los demás jueces o intervinientes; y las protestas de recurrir en casación;

7. la forma en que se cumplió el art. 324, con mención de las fechas pertinentes;

8. la firma del presidente y del secretario.

En los casos de prueba compleja el tribunal podrá disponer la versión taquigráfica o la grabación total o parcial del debate, o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constará en el acta la disposición final del tribunal y la forma en que fue cumplida, pero la versión taquigráfica, la grabación o la síntesis no integrarán los actos del debate.

330. Comunicación del acta. El acta se leerá inmediatamente después de la sentencia ante los comparecientes, con lo que quedará notificada; el tribunal podrá reemplazar su lectura con la entrega de una copia para cada uno de los intervinientes, en el mismo acto; al pie del acta se dejará constancia de la forma en que ella fue notificada.

331. Valor del acta. El acta demostrará, en principio, el modo en que se desarrolló el debate, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas no originará, por sí misma, un motivo de casación de la sentencia.

Sin embargo, por vía de la casación, e invocándolo en el escrito de interposición del recurso, se podrá probar un enunciado faltante en el acta o la falsedad de un enunciado contenido en ella, que invalide la decisión.

[...]

## LIBRO CUARTO PROCEDIMIENTOS ESPECIALES TÍTULO 1 PROCEDIMIENTO ABREVIADO

371. Admisibilidad. Si el ministerio público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el tribunal del procedimiento intermedio.

Para ello, el ministerio público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y a la vía propuesta.

La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a algunos de ellos.

372. Trámite posterior. El Tribunal oír al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite.

El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado; pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el ministerio público. Rigen, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.

Si el tribunal no admitiere la vía solicitada y estimare conveniente el procedimiento común, para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, rechazará el requerimiento y emplazará al ministerio público para que concluya la investigación y requiera lo que corresponda. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al ministerio público durante el debate.

373. Efectos. Contra la sentencia será sólo admisible el recurso de casación, interpuesto por el ministerio público o por el imputado y su defensor.

El querellante, o quien sin éxito, pero con derecho, haya pretendido serlo durante el procedimiento preparatorio, tendrá las facultades previstas en los arts. 339 y 340; no podrá, sin embargo, agravarse por la vía elegida o pretender la imposición de una pena superior a la requerida por el ministerio público.

La acción civil no será decidida y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación, con las limitaciones del art. 332 y sólo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior.

## TÍTULO II JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

374. Querella. Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, formulará acusación, por sí o por mandatario especial, directamente ante el tribunal competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio del querellado y cumplimiento con la forma y el contenido previstos en los arts. 79 y 263 (salvo su inc. 1).

Si el querellante ejerciere la acción civil cumplirá con los arts. 94 y 270, párr. II.

Se agregará, para cada querellado, una copia del escrito y del poder.

375. Inadmisibilidad. La querella será desestimada por auto fundado cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito, cuando no se pueda proceder o faltare algunos de los requisitos previstos en el artículo anterior.

En ese caso, se devolverá al querellante el escrito y las copias acompañadas, con testimonio de la resolución judicial. El querellante podrá repetir la querella, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior. La

omisión de este dato se considerará falta grave.

376. Investigación preparatoria. Sin embargo, cuando no fuere posible identificar o individualizar al querellado, o determinar su domicilio, o cuando fuere imprescindible para describir clara, precisa y circunstanciadamente el hecho punible llevar a cabo una investigación preliminar, el querellante lo requerirá en el escrito, indicando las medidas pertinentes. El tribunal prestará el auxilio necesario, si correspondiere.

Clausurada la investigación, el querellante deberá completar su acusación, con las copias previstas en el art. 374.

377. Conciliación. Admitida la querella, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de la acusación y del poder, en su caso.

La audiencia será celebrada ante un juez o un funcionario judicial letrado que designe el tribunal y dará oportunidad para que querellante y querellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constará en acta y se consignará lo que los intervinientes soliciten. Por acuerdo entre querellante y querellado se podrá designar a la persona que propongan como amigable componedor, quien presenciará la audiencia y tendrá intervención en ella, con el fin de lograr un acuerdo.

Querellante y querellado asistirán personalmente a la audiencia y se permitirá la presencia de sus letrados. Cuando alguno de ellos resida en el extranjero podrá ser representado por mandatario especial con las facultades suficientes para conciliar.

378. Imputado; defensor. Si el imputado concurriere a la audiencia de conciliación sin defensor se procederá conforme al art. 5. Si no concurriere, debidamente citado, y no justificare su inasistencia, se le designará de oficio un defensor letrado y el procedimiento seguirá su curso.

Salvo en la audiencia de conciliación y en los actos posteriores de carácter personal o cuando se requiera su presencia, el imputado podrá ser representado durante todo el procedimiento por un mandatario con poder especial.

Cuando el imputado no concurrió a la audiencia de conciliación, el tribunal, previo a ordenar la citación a juicio, lo hará comparecer para cumplir con las reglas impuestas por el párr. 1 de este artículo y por los arts. 32 y 33, advirtiéndole sobre su sujeción al procedimiento.

379. Medidas de coerción. No se podrá ordenar medidas de coerción personal, salvo las dispuestas en el art. 138, y las enumeradas en el art. 209, sólo cuando existieren motivos para afirmar que intentará la fuga o entorpecerá la averiguación de la verdad. Rigen, en este caso, los arts. 218 y 220 y será competente para la decisión el tribunal de juicio.

Rigen, también, en lo pertinente, los arts. 222 a 224.

380. Procedimiento posterior. Finalizadas las diligencias del art. 378, que correspondieren, el tribunal citará a juicio en forma análoga a lo dispuesto en el art. 276. En las causas por delito de acción privada, el término final para la incorporación forzosa o espontánea del tercero civilmente demandado coincide con el vencimiento del plazo de citación a juicio; son aplicables las reglas respectivas y sobre la cuestión decidirá el tribunal, antes de fijar la audiencia del debate (art. 288).

En lo demás, rigen las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones del ministerio público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá ratificación solemne (art. 179). En el juicio por adulterio, la audiencia se llevará a cabo a puertas cerradas.

381. Abandono de la querella. Se considerará abandonada la querella y se archivará el proceso cuando:

1. el querellante no instare el procedimiento dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la disposición del tribunal que le señala la paralización del procedimiento;

2. el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, o se ausentaren durante su desarrollo, sin justa causa, la que deberán acreditar siempre antes de la iniciación de la audiencia o durante su desarrollo, salvo si fuere absolutamente imposible, en cuyo caso lo harán inmediatamente a la desaparición del impedimento;

3. muerto o incapacitado el querellante no concurrieren a proseguir la persecución quienes estuvieren autorizados para ello, según las reglas respectivas de la ley penal, en el plazo de sesenta días posteriores a la notificación cursada a los autorizados; cuando se desconociere quiénes pueden estar autorizados a proseguir la persecución o su domicilio, se avisará públicamente (art. 133) sobre la existencia del procedimiento, la muerte o incapacidad del querellante, el término del plazo para comparecer y las consecuencias de la incomparecencia.

382. Renuncia, retractación y explicaciones satisfactorias. La retractación oportuna, las explicaciones satisfactorias, la renuncia del agraviado u otra causa similar de extinción de la acción penal, prevista en la ley, provocarán, inmediatamente, el sobreseimiento.

### **TITULO III PROCEDIMIENTO CON MENORES**

383. Reglas especiales. En la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en los cuales intervenga como imputado un menor de veintiún años, se procederá con arreglo a las reglas comunes de este Código, salvo las establecidas a continuación:

1. El ministerio público o el tribunal competente que intervenga en un procedimiento relativo a un menor de dieciocho años al momento del hecho, víctima o imputado de un delito, lo comunicarán en seguida al tribunal de menores, con todos los datos y elementos de que dispongan, para que asuma la tutela prevista en las leyes especiales, si correspondiere.

2. La previsión preventiva (art. 202) de un menor de dieciocho años sólo procederá en casos excepcionales, cuando no exista otra manera de asegurar la sujeción del imputado al procedimiento o la averiguación de la verdad, y se cumplirá en el establecimiento que disponga el tribunal de menores, al cual el menor será entregado; el tribunal podrá proponer la revocación o la sustitución de la medida de coerción y el examen de la prisión del menor se hará a la vista de los informes mensuales que remita ese tribunal; después de los dieciocho años y hasta los veintiuno, regirán las disposiciones comunes, pero la prisión se cumplirá en establecimientos que garanticen la separación de los mayores, según indique el tribunal de menores.

3. El debate se realizará a puertas cerradas (art. 293).

4. Quienes ejerzan la patria potestad, la tutela, o, en su caso, la guarda, o el cónyuge, podrán asistir al debate y tendrán en él todas las facultades otorgadas al imputado, salvo los actos de carácter personal.

5. Se podrá disponer que el imputado no presencie los actos del debate, salvo cuando fuere imprescindible su comparecencia, previo informe del tribunal de menores, si la presencia ocasionare daño para su salud.

6. El debate será presenciado por un delegado del tribunal de menores, quien, previo a la discusión final (art. 318), informará sobre el menor.

7. En los delitos cometidos por menores de dieciocho años, la sentencia relativa al menor se limitará al fallo sobre la culpabilidad (absolución o condena), procediéndose conforme al art. 287; firme la sentencia, se remitirá testimonio al tribunal de menores, el cual, en su caso, procederá según la ley respectiva, siempre previo debate oportuno sobre la cuestión de la pena.

8. Cuando se solicite el procedimiento abreviado (arts. 371 y ss.) o se postule la suspensión del procedimiento a prueba, el tribunal escuchará obligatoriamente a quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la guarda, al cónyuge, y a un delegado del tribunal de menores, previo a decidir sobre el punto; por el procedimiento abreviado rige el inciso anterior, análogamente.

Todo lo relativo a la tutela, disposición y vigilancia de menores sometidos a un procedimiento o víctimas de un hecho punible, y a la imposición y ejecución de una pena o medida de seguridad y corrección, será competencia del tribunal de menores, el cual, durante el proceso de conocimiento, mantendrá informado al tribunal competente para sustanciarlo o al ministerio público. Se guardará absoluta reserva sobre todo lo relacionado con el procedimiento contra un menor, y las decisiones judiciales sólo serán publicables por interés científico, omitiendo toda mención que permita identificar al menor.

#### **TITULO IV JUICIO PARA LA APLICACION EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCION**

384. Procedencia. Cuando el ministerio público, después del procedimiento preparatorio, estime que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad y corrección, requerirá la apertura del juicio en la forma y las condiciones previstas en el art. 263, indicando también los antecedentes y circunstancias que motivan el pedido.

385. Remisión y reglas especiales. El procedimiento se regirá por las reglas comunes, salvo las establecidas a continuación:

1. Cuando el imputado se halle en la situación prevista en el art. 34, sus facultades serán ejercidas por su curador o por quien designe el tribunal, con quien se entenderán todas las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal.
2. En el caso previsto por el inciso anterior, no regirá lo dispuesto por el art. 264, si fuere imposible su cumplimiento (art. 34).
3. El tribunal competente para el procedimiento intermedio podrá también rechazar el requerimiento, por entender que corresponde la aplicación de una pena, y ordenar la acusación (art. 274, incs. 2 y 3, y párr. II).
4. El juicio aquí previsto nunca se tramitará juntamente con un juicio común.

382

5. El debate se realizará a puertas cerradas, sin la presencia del imputado, cuando fuere imposible a causa de su estado o inconveniente por razones de orden, seguridad o salud, caso en el cual será representado a todos los efectos por su curador; regirá lo dispuesto en el inc. 2, análogamente, y el imputado podrá ser traído al debate cuando su presencia fuere indispensable.

6. El debate será presenciado por un delegado del tribunal a cuyo cargo estuviere el control de la curatela, quien, previo a la discusión final (art. 318), informará sobre el imputado.

7. La sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección.

8. No serán de aplicación las reglas referidas al procedimiento abreviado.

386. Transformación y advertencia. Si después de la apertura del juicio resulta posible la aplicación de una pena, el tribunal advertirá al imputado en la forma prevista por el art. 310. Rigen, análogamente, los arts. 309 y 322.

387. Medidas de coerción. La internación provisional (art. 215) y las demás medidas de coerción aplicables serán confiadas en su ejecución al tribunal a cuyo cargo estuviere el control de la curatela, el cual, durante el proceso de conocimiento, mantendrá informado al tribunal competente.

#### **APENDICE 1**

Ver art. 40, al pie, para los países cuya legislación básica permita concebir el procedimiento contra ausentes. Sin embargo, su aplicación no es recomendable (principio de inviolabilidad de la defensa), al menos para las persecuciones penales que tienen como objeto un delito. Exceptúase de la recomendación al procedimiento por contravenciones, que este Código no regula en su texto general (ver, sobre contravenciones, el Apéndice final).

#### **PROCEDIMIENTO CONTRA AUSENTES**

1. Ausente. Será considerado ausente el imputado, cuando se desconozca su domicilio o residencia, cuando resulte imposible citarlo o hacerlo comparecer en el procedimiento, o cuando sea declarado rebelde y no purgue su rebeldía.

2. Procedencia. El ministerio público podrá acusar a un ausente y requerir para él la apertura del juicio, cuando la escala penal aplicable al objeto del procedimiento no supere el límite de la condena condicional o de la suspensión condicional de la pena, o se trate de pena no privativa de libertad.

El ministerio público podrá requerir la continuación del debate contra un ausente, hasta su terminación, cuando su rebeldía se produzca durante el debate y él ya haya prestado declaración sobre la acusación, siempre que el tribunal no considere necesaria su presencia.

3. Reglas de procedimiento. Se aplicarán las reglas comunes o especiales, según corresponda, con las siguientes:

1. En el primer caso del artículo anterior el acusado será citado públicamente (art. 133) al debate, al menos con una anticipación no menor de diez días, a contar desde la fecha de la primera publicación.

2. El defensor lo representará durante el procedimiento.

3. Serán también admitidos como representantes del acusado el cónyuge, los hijos, los padres, los nietos, los abuelos y los hermanos, quienes podrán ejercer todos los derechos que a él le corresponden, unificándose la representación por el tribunal en caso de concurso de varios parientes.

4. La sentencia debe señalar que el debate se produjo en ausencia del acusado y la razón de ello; puede ser ejecutada y dada a conocer públicamente.

4. Revisión facilitada. Si el condenado es aprehendido o se presenta voluntariamente le será notificada íntegramente la sentencia obtenida después del debate, el acta del debate y también, si la sentencia fue recurrida, la dictada por el Tribunal de Casación; en ese mismo acto será instruido acerca de su derecho de designar un defensor y sobre el plazo para interponer la revisión del procedimiento. Rige el art. 5, párr. II; el nombramiento de defensor se producirá de inmediato, salvo prórroga solicitada por el condenado para designarlo, cuyo plazo fijará el tribunal.

Dentro del plazo de diez días, a contar desde el momento en el que el defensor sea designado, el condenado y su defensor pueden requerir la revisión del procedimiento, con sujeción a las reglas del recurso respectivo (arts. 359 y Ss.). Se ordenará el nuevo juicio (art. 368), cuando se ofrezcan nuevas pruebas o se sostenga la inexistencia de alguno de los presupuestos que fundan la condena. La sentencia sólo será modificada con fundamento en los nuevos elementos de prueba o en la demostración de la inexistencia de alguno de los presupuestos que la fundaban.

#### **APENDICE II**

Aquellos países que decidan, incluso por imposición de reglas fundamentales de sus sistemas jurídicos, incorporar ciudadanos a la labor de juzgar, integrando los tribunales de juicio con jueces accidentales, podrán incorporar las reglas procesales siguientes. El esquema deja de lado los problemas de organización del jurado, pues, en general, la organización judicial no es una materia incluida en este Código. Se puede adoptar un sistema de jurado que separe el veredicto de los jurados, de la

sentencia de los jueces profesionales, al estilo del modelo anglosajón, o el sistema del jurado escabinado, que supone la integración de un único colegio sentenciador, con participación de jueces profesionales (permanentes) y legos (accidentales), según el modelo que prevalece en Europa continental.

### JUICIO POR JURADOS (A)

1. Remisión. Cuando, según la ley de organización judicial, corresponda integrar el tribunal con jurados, se aplicarán las reglas comunes, con las modificaciones que establecen los artículos siguientes.

2. Integración del colegio de jurados. Dictado el auto de apertura del juicio (art. 274), la oficina correspondiente hará conocer a los intervinientes una lista de jurados, constituida por el triple de los miembros necesarios para integrar el colegio.<sup>903</sup>

Cada interviniente, incluido el ministerio público, podrá, en el plazo de cinco días, recusar sin causa al número de jurados resultante de dividir la mitad de la lista por el número de intervinientes.

Depurada la lista, serán sorteados los jurados que integrarán el colegio; los demás podrán ser incorporados como suplentes, para los casos previstos en los arts. 282 y 297, inc. 3.

La lista definitiva de jurados será notificada en la oportunidad prevista por el art. 282 y ellos podrán ser recusados conforme a esa regla.

3. Incorporación. El colegio de jurados se incorporará en la oportunidad prevista por el art. 304, antes de que el presidente declare abierto el debate, mediante el compromiso solemne siguiente:

«Asumo el compromiso de juzgar este caso, en nombre del pueblo, con justicia e imparcialidad, según la Constitución y la ley».

4. Debate. El debate será dirigido por un juez permanente y letrado, quien ejercerá todas las facultades de dirección, policía y disciplina de la audiencia previstas en las reglas comunes.

El debate se dividirá, obligatoriamente, según la forma prevista en el art. 287. La primera parte servirá de base para el veredicto del colegio de jurados. La segunda parte servirá de base para que el tribunal de jueces permanentes determine las consecuencias jurídicas del veredicto del colegio de jurados.

5. Propuesta de veredicto. Los intervinientes, en la oportunidad prevista por el art. 318, culminarán su informe proponiendo al jurado su veredicto. La propuesta se deberá formular en términos claros, concretos y concisos; describirá el hecho que juzgará el colegio de jurados, con la limitación establecida en el art. 322, o, de la misma manera, negará su existencia, total o parcialmente, o la participación del imputado en él, expresando la decisión que se espera del jurado. No se podrán formular propuestas alternativas.

Antes de autorizar que el colegio de jurados pase a deliberar, el tribunal de jueces permanentes analizará las propuestas de veredicto y, si alguna merece objeción, intimará al interviniente respectivo para que la ajuste, según las reglas del párrafo anterior. Si el interviniente no ajusta su propuesta, conforme a la admonición del tribunal, caduca su facultad de proponer, que quedará desierta por declaración del tribunal.

El hecho descrito en la acusación, según el auto de apertura (art. 274), y en la ampliación de la acusación (art. 309), si existiere, más el veredicto de culpabilidad que ellos suponen, conforme a su sentido, se considerará siempre como una propuesta de veredicto.

Las propuestas de los intervinientes se harán constar en el acta del debate.

6. Deliberación. Clausurado el debate (art. 319), el tribunal entregará las propuestas, incluida la contenida en la acusación, al colegio de jurados, que pasará a deliberar en sesión secreta y continua. En el mismo momento, instruirá a los jurados sobre las normas que rigen la deliberación.

El colegio de jurados elegirá su presidente y, bajo su dirección, analizará las propuestas. Decidirá por el voto coincidente de dos tercios del número de sus integrantes. Admitirá, total o parcialmente, alguna de las propuestas y expresará su veredicto de culpabilidad o inocencia. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto.

Rige el art. 320, en cuyo caso el presidente del jurado solicitará al tribunal que reabra el debate y adopte las medidas pertinentes.

7. Pronunciamiento del veredicto. Logrado el veredicto, el colegio de jurados constituirá nuevamente en la sala de la audiencia y, por intermedio de su presidente, leerá el veredicto. En primer término declarará, en nombre del pueblo, culpable o inocente al imputado; después, leerá la propuesta que admite y, en su caso, expresará las modificaciones parciales; por último, dará a conocer el resultado de la votación que logró el veredicto.

Con el pronunciamiento del veredicto finalizará la intervención de los jurados.

8. Debate posterior. Si el veredicto fuere de culpabilidad, el debate continuará con la recepción de los medios de prueba que se hubieren ofrecido para individualizar la pena, la medida de seguridad y corrección y, su eventualmente, la reparación civil correspondiente. Terminada la recepción de la prueba, el presidente del tribunal procederá conforme al art. 318, pero los informes se limitarán a fundar las con secuencias jurídicas del veredicto del colegio de jurados.

Si el veredicto fuere de inocencia no se realizará el debate posterior, salvo cuando se hubiere planteado la acción civil, en cuyo caso el debate y la sentencia sólo versarán sobre ella.

9. Sentencia. La sentencia del tribunal se ajustará a las reglas del art. 323, con la siguiente modificación: en lugar de la enunciación de los hechos y de la fundamentación de ese juicio (incs. 3 y 4), transcribirá las propuestas finales de los intervinientes y el veredicto del colegio de jurados.

El veredicto de inocencia será obligatorio para el tribunal.

Si el veredicto de culpabilidad, conforme a la ley penal, no permite la aplicación de una pena o medida de seguridad y corrección, el tribunal absolverá; si el tribunal decidiera la exención o remisión de la pena, condenará según el veredicto de culpabilidad y expresará su decisión sobre la pena o medida de seguridad y corrección. En lo demás, se aplicarán los arts. 325, 326 y 327.

Rige el art. 328, analógicamente, según las modificaciones introducidas en este título.

10. Casación. Se aplicarán las reglas del recurso de casación; constituirá un motivo absoluto de casación la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución del colegio de jurados y a la capacidad de sus miembros.

11. Revisión. Se aplicarán las reglas comunes, pero, cuando se fundare la revisión en los motivos previstos por los incs. 2 y 4 del art. 361, la decisión sobre la admisibilidad sólo tendrá en cuenta la incorporación de esos elementos de prueba al debate

<sup>903</sup> La regla supone normas de organización judicial que fijen la competencia, determinen las condiciones para ser jurado, establezcan el número de jurados que integran el colegio y organicen su reclutamiento.

a La aparente complejidad en la determinación del número de jurados, que la regla propuesta contiene, obedece a la necesidad de utilizar una fórmula abstracta, que sirva para cualquier integración numérica del colegio de jurados: podrá ser reemplazada por un número exacto, una vez determinada la integración numérica del colegio sentenciador.

sobre la culpabilidad.

\*\*\*

Si se opta por el jurado escabinado, bajo el mismo título deberá incorporarse la regla siguiente.

#### **JUICIO POR JURADOS (B)**

1. Remisión. Cuando, según la ley de organización judicial, corresponda integrar el tribunal con jurados, se aplicarán las reglas comunes, con las modificaciones siguientes:
  - 1) Integración del colegio de jurados. Dictado el auto de apertura del juicio (art. 274), la oficina correspondiente hará conocer a los intervinientes una lista de jurados, constituida por el triple de los miembros necesarios para integrar el tribunal.
  - 2) Incorporación. Los jurados se incorporarán al tribunal en la oportunidad prevista por el art. 304, antes de que el presidente declare abierto el debate, mediante el compromiso solemne siguiente: «Asumo el compromiso de juzgar este caso, en nombre del pueblo, con justicia e imparcialidad, según la constitución y la ley».
  - 3) Debate. El debate será dirigido por un juez permanente y letrado, quien ejercerá todas las facultades de dirección, policía y disciplina de la audiencia previstas en las reglas comunes.
  - 4) Los jurados, una vez integrados al tribunal, tendrán las mismas atribuciones que los jueces permanentes y deliberarán en conjunto las decisiones propias del tribunal.

#### **APENDICE III**

##### **JUICIO POR FALTAS O CONTRAVENCIONES**

1. Requerimiento. El funcionario que comprobó la falta o aquél que la ley designe para perseguirlas, solicitará el juicio indicando los siguientes extremos:
  1. Individualización del imputado y su domicilio real.
  2. Descripción sintética del hecho imputado, consignando tiempo y lugar.
  3. Disposición legal infringida.
  4. Mención de los elementos de prueba, agregando las documentales y las cosas entregadas por el infractor o secuestradas.
  5. Individualización y firma del requirente.
 Bastará como requerimiento el formulario de comprobación de la falta que contenga los requisitos antes mencionados. Cuando la ley disponga la persecución privada, la persona legítima da ocupará el lugar del funcionario y la policía le brindará el auxilio necesario para la comprobación de la falta.
2. Citación a juicio. El funcionario actuante o la persona legitimada, con el auxilio de la policía, citará a juicio al contraventor, con expresión del tribunal ante el cual deberá comparecer y del plazo en el cual deberá hacerlo.
3. Audiencia. Comparecido el contraventor presunto, manifestará por acta si admite su culpabilidad o si requiere el juicio. En este último caso, deberá expresar cuáles son los medios de prueba que no pueda incorporar por su cuenta al debate y cuál el auxilio público que necesita para ello.
4. Decreto penal. Si el contraventor admite su culpabilidad y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará la resolución que corresponda por simple decreto.
5. Debate. Caso contrario, el tribunal llamará inmediatamente a juicio al imputado y al requirente; en el mismo momento expedirá las órdenes necesarias para incorporar en el debate los elementos de prueba cuya producción dependa de la fuerza pública. La audiencia será pública y se llevará a cabo con los intervinientes que comparezcan. Los intervinientes comparecerán a la audiencia con todos los medios de prueba que pretendan hacer valer. El tribunal oír brevemente a los comparecientes y observará los de más elementos de convicción, absolviendo o condenando por simple decreto. Si no se incorporaren medios de prueba durante el debate, el tribunal decidirá sobre la base de los elementos acompañados con el requerimiento. Si nadie comparece, dictará resolución sin más trámite, conforme al párrafo anterior.
6. Casación. La resolución será impugnabile por la vía de la casación abreviada (art. 357), en el plazo de cinco días, pero sólo podrá ser motivada en la inobservancia o errónea aplicación de la ley, siempre que la corrección del defecto, conforme al recurso, permita modificar sustancialmente la decisión. El requirente sólo podrá recurrir si compareció al debate.
7. Remisión. En lo demás, rigen, analógicamente, las reglas comunes, adecuadas a la brevedad y simpleza del procedimiento. El imputado podrá ser asistido por un defensor, si lo nombrare. Las medidas de coerción serán proporcionales a la falta imputada y las privativas de libertad sólo podrán durar, como máximo, seis horas.

**ANEXO II**  
**PLS 156/09 – TEXTO ORIGINAL**  
**(excerto com os artigos referentes aos procedimentos)**

**TÍTULO II  
DOS PROCEDIMENTOS  
CAPÍTULO I  
DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 257. O procedimento será comum ou especial, aplicável ao Tribunal do Júri e nos tribunais.

§1o O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo.

I – ordinário, quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima cominada for superior a 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade;

II – sumário, quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima não ultrapasse 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade;

III – sumaríssimo, quando no processo se apurar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

§2o Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, inclusive àqueles para os quais seja previsto procedimento na legislação atualmente em vigor, ressalvado o especial do Tribunal do Júri e o procedimento na ação penal originária.

**CAPÍTULO II  
DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

Art. 258. A denúncia, observados os prazos previstos no art. 51, conterá a exposição dos fatos imputados, com todas as suas circunstâncias, de modo a definir a conduta do autor, a sua qualificação pessoal ou esclarecimentos plenamente capazes de identificá-lo, a qualificação jurídica do crime imputado, a indicação de todos os meios de prova que se pretende produzir, com o rol de testemunhas.

§1o O rol de testemunhas deverá precisar, o quanto possível, o nome, profissão, residência, local de trabalho, telefone e endereço eletrônico.

§2o Poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas.

Art. 259. Todo acusado terá direito à defesa técnica em todos os atos do processo penal, exigindo-se manifestação fundamentada sempre que seja necessária ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório.

Art. 260. Oferecida a denúncia, se não for o caso de seu indeferimento liminar, o juiz notificará a vítima para, no prazo de 10 (dez) dias, promover a adesão civil da imputação penal.

Art. 261. Com ou sem a adesão civil, o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias.

§1o O mandado de citação deverá conter cópia integral da denúncia e demais documentos que a acompanhem.

§2o Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se ele criar dificuldades para o cumprimento da diligência, proceder-se-á à sua citação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para fins de comparecimento à sede do juízo.

§3o Comparecendo o acusado citado por edital, terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de apresentar a resposta escrita.

§4o Em qualquer caso, citado o acusado e não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 262. Na resposta escrita, o acusado poderá arguir tudo o que interessar à sua defesa, no âmbito penal e civil, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas até o máximo de 8 (oito), qualificando-as, sempre que possível.

Parágrafo único. As exceções serão processadas em apartado, nos termos do art. 421 e seguintes.

Art. 263. Estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, determinando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

Parágrafo único. O acusado preso será requisitado para comparecer à audiência e demais atos processuais, devendo o poder público providenciar sua apresentação, ressalvado o disposto no art. 73, §1o.

Art. 264. Caberá absolvição sumária, desde logo, quando o juiz, prescindindo da fase de instrução:

I – comprovar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – comprovar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo quando cabível a imposição de medida de segurança;

III- reconhecer a manifesta atipicidade do fato, nos termos e nos limites em que narrado na denúncia.

Art. 265. Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§1o Se possível, todos os atos serão realizados em audiência única, facultando-se ao juiz o fracionamento da instrução quando for elevado o número de testemunhas.

§2o O juiz arguirá os depoentes se, ao final da inquirição das partes, tiver dúvida relevante sobre elementar ou circunstância do fato imputado.

§3o Se necessário, nova audiência será designada no prazo máximo de 15 (quinze) dias, intimados desde logo todos os presentes.

§4o O acusado que regularmente intimado para a audiência não comparecer poderá ser conduzido coercitivamente se demonstrada a necessidade de reconhecimento de pessoa na produção da prova testemunhal.

§5o Para os fins da condução referida no §4o, o mandado especificará a finalidade do ato, os nomes das partes e os demais dados de identificação do processo e seu cumprimento se fará em estrita obediência às demais garantias individuais.

Art. 266. Produzidas as provas, o Ministério Público, o assistente, a parte civil e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, em 5 (cinco) dias, para o que serão intimados no final da audiência.

Parágrafo único. O juiz deferirá as diligências se forem imprescindíveis para a comprovação de suas alegações.

Art. 267. Encerrada a instrução, as partes serão intimadas para apresentarem alegações finais no prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

§1o O assistente e a parte civil apresentarão suas alegações finais após o Ministério Público e antes do acusado, no prazo de 5 (cinco) dias.

§2o Nos processos decorrentes de ação de iniciativa privada subsidiária da pública, o Ministério Público apresentará alegações finais após o querelante e antes do acusado, no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 268. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Art. 269. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Art. 270. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, vítima e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

Parágrafo único. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

### **CAPÍTULO III** **DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO**

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – Haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – A pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal;

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

§2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais.

Art. 272. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

### **CAPÍTULO IV** **DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

#### **Seção I**

##### *Disposições gerais*

Art. 273. O procedimento sumaríssimo se desenvolve perante o Juizado Especial Criminal, consoante o disposto no art. 98, I, da Constituição da República.

Art. 274. Os Juizados Especiais Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 275. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 276. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos deste Código, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 277. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

#### **Seção II**

##### *Da competência e dos atos processuais*

Art. 278. A competência territorial do Juizado Especial Criminal será determinada pelo lugar em que foram praticados os atos de execução da infração penal, consoante o disposto no art. 97.

Art. 279. Os atos processuais relativos ao procedimento sumaríssimo serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 280. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os princípios indicados no art. 277.

§1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

§3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais.

Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

Art. 281. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento ordinário.

Art. 282. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

Art. 283. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor.

#### **Seção III**

##### *Da fase preliminar*

Art. 284. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Art. 285. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 286. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma do art. 282.

Art. 287. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da



aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 288. A conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 289. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

§1º Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação.

§2º Nas condições do parágrafo anterior, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos.

Art. 290. Não havendo conciliação a respeito dos danos civis, será dada imediatamente a vítima a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 291. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público e aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º A imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

## Seção IV

### *Da fase processual*

Art. 292. Quando não houver composição dos danos civis ou transação penal, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 284, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes ao juízo comum.

Art. 293. A denúncia oral será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, a vítima, o responsável civil e seus advogados.

§1º Se o acusado não estiver presente, será citado e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas, no máximo de 5 (cinco), ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo 5 (cinco) dias antes de sua realização.

§2º Não estando presentes, a vítima e o responsável civil serão intimados para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista neste procedimento.

Art. 294. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, serão renovados os respectivos atos processuais.

Art. 295. Nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 296. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia; havendo recebimento, e não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§3º Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puder causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito.

§4º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do juiz.

Art. 297. Da decisão de indeferimento da denúncia e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§1º A apelação será interposta no prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§2º O recorrido será intimado para oferecer resposta no prazo de 10 (dez) dias.

§3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o §3º do art. 280.

§4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 298. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

§1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração interromperão o prazo para o recurso.

§3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

### **Seção V**

#### *Das despesas processuais*

Art. 299. Nos casos de homologação do acordo civil e de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

### **Seção VI**

#### *Disposições finais*

Art. 300. O procedimento sumaríssimo previsto neste Capítulo não se aplica no âmbito da Justiça Militar.

Art. 301. As disposições relativas ao procedimento ordinário aplicam-se subsidiariamente ao procedimento sumaríssimo previsto neste Capítulo.

## **CAPÍTULO V**

### **DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA**

Art. 302. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno, e, especialmente, o seguinte:

I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator;

II – o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar sobre os elementos informativos colhidos na investigação preliminar; se o réu estiver preso, o prazo será de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 51.

III – a denúncia e a queixa subsidiária observarão as disposições previstas neste Código, relativamente aos requisitos formais da peça acusatória.

Art. 303. Compete ao relator determinar a citação do acusado para oferecer resposta no prazo de 10 (dez) dias, aplicando-se, no que couber, as demais disposições do procedimento ordinário sobre a matéria.

§ 1º Com o mandado, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa subsidiária, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua citação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao tribunal, em 5 (cinco) dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Art. 304. Apresentada a resposta, o relator designará dia para que o tribunal delibere sobre o recebimento da denúncia ou da queixa, se não for o caso de extinção da punibilidade ou de absolvição sumária, quando tais questões não dependerem de prova, nos limites e nos termos em que narrada a peça acusatória.

§ 1º No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º Encerrados os debates, o tribunal decidirá por maioria.

Art. 305. Recebida a peça acusatória, o relator determinará a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

§ 1º O interrogatório do acusado poderá ser realizado diretamente no tribunal, se assim o requerer a defesa, em dia e horário previamente designados.

§2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Art. 306. Concluída a instrução, as partes poderão requerer diligências, no prazo de 5 (cinco) dias, quando imprescindíveis para o esclarecimento de questões debatidas na fase probatória.

Art. 307. Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 10 (dez) dias, alegações finais escritas.

Art. 308. O tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de 1 (uma) hora para sustentação oral, assegurado ao assistente 1/4 (um quarto) do tempo da acusação;

II - encerrados os debates, o tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.

## **CAPÍTULO VI**

### **DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI**

#### **Seção I**

##### *Da acusação e da instrução preliminar*

Art. 309. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§1º O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§2º A acusação poderá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), para cada fato, na denúncia ou na queixa.

§3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, no âmbito penal e cível, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 310. As exceções serão processadas em apartado, nos termos do art. 421 e seguintes.

Art. 311. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.

Art. 312. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Art. 313. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações

e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§1o Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§2o As provas serão produzidas em uma só audiência, salvo quando o elevado número de testemunhas recomendar o seu fracionamento, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§3o Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 410.

§4o As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§5o Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e para a defesa de cada um deles será individual.

§6o Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§7o Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§8o A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no *caput* deste artigo.

§9o Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

Art. 314. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

## Seção II

### *Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária*

Art. 315. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§1o A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato imputado e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo constar ainda a classificação do crime, bem como as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, nos termos em que especificadas pela acusação.

§2o O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão preventiva ou de quaisquer das medidas cautelares anteriormente decretadas, e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título II, do Livro III.

Art. 316. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova acusação se houver prova nova.

Art. 317. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV, do *caput* deste artigo, ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Art. 318. Contra a decisão de impronúncia ou a sentença de absolvição sumária caberá apelação.

Art. 319. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na denúncia, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, para a adoção das providências cabíveis.

Art. 320. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação embora o acusado fique sujeito a pena mais grave, sendo-lhe vedada a alteração substancial da acusação.

Art. 321. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no art. 99 e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja, sem prejuízo do disposto no art. 112.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

Art. 322. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público;

Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

Art. 323. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§1o Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§2o Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.

## Seção III

### *Da preparação do processo para julgamento em plenário*

Art. 324. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa subsidiária, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

Art. 325. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento do processo;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Art. 326. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 334.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento.

## Seção IV

### *Do alistamento dos jurados*

Art. 327. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população, observando-

se, sempre que possível, a proporcionalidade entre homens e mulheres.

§1o Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do §3o do art. 432.

§2o O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

§3o Qualquer cidadão que preencha os requisitos legais poderá se inscrever para ser jurado.

Art. 328. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

§1o A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

§2o Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 338 a 348.

§3o Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente, a quem caberá, com exclusividade, o conhecimento acerca do endereço dos jurados.

§4o O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído.

§5o Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada.

### **Seção V**

#### *Do desaforamento*

Art. 329. Se houver fundada dúvida sobre a imparcialidade do júri, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§1o O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§2o Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§3o Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§4o Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

Art. 330. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

§1o Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

§2o Não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

### **Seção VI**

#### *Da organização da pauta*

Art. 331. Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência:

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§1o Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no *caput* deste artigo.

§2o O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.

Art. 332. O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar.

Art. 333. Estando o processo em ordem, o juiz presidente mandará intimar as partes, a vítima, se for possível, as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a sessão de instrução e julgamento.

### **Seção VII**

#### *Do sorteio e da convocação dos jurados*

Art. 334. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

Art. 335. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

§1o O sorteio será realizado entre o 15o (décimo quinto) e o 10o (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

§2o A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes.

§3o O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras.

Art. 336. Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil de comunicação para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei.

Parágrafo único. No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 442 a 452.

Art. 337. Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

### **Seção VIII**

#### *Da função do jurado*

Art. 338. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento é direito de todos que satisfaçam as exigências legais e compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§1o Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou impedido de se alistar em razão de cor ou etnia, raça, credo,

sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução ou deficiência física, quando compatível com o exercício da função.

§2o A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

Art. 339. Estão isentos do serviço do júri:

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;

II – os Governadores e seus respectivos Secretários;

III – os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;

IV – os Prefeitos Municipais;

V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e seus estagiários;

VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VII – as autoridades e os servidores dos quadros da polícia, da segurança pública e os guardas municipais;

VIII – os militares em serviço ativo;

IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;

X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

Art. 340. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.

§1o Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins.

§2o O juiz fixará o serviço alternativo de modo a não prejudicar as atividades laborais do cidadão.

§3o Sempre que possível, o corpo de jurados observará a proporcionalidade entre homens e mulheres.

Art. 341. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Art. 342. Constitui também direito do jurado, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.

Art. 343. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri.

Art. 344. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica.

Art. 345. Somente será aceita escusa fundada em motivo relevante devidamente comprovado e apresentada, ressalvadas as hipóteses de força maior, até o momento da chamada dos jurados.

Art. 346. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos.

Art. 347. O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

Art. 348. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, faltas e escusas e à equiparação de responsabilidade penal prevista no art. 451.

## Seção IX

### *Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença*

Art. 349. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 8 (oito) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Art. 350. São impedidos de servir no mesmo Conselho:

I – marido e mulher; bem como o companheiro e a companheira;

II – ascendente e descendente;

III – sogro ou sogra e genro ou nora;

IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;

V – tio e sobrinho;

VI – padrasto, madrasta ou enteado.

§1o O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§2o Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos e a suspeição dos juízes togados.

Art. 351. Não poderá servir o jurado que:

I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Art. 352. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Art. 353. Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão.

Art. 354. O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

## Seção X

### *Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri*

Art. 355. O Tribunal do Júri reunir-se-á para as sessões de instrução e julgamento nos períodos e na forma estabelecida pela lei local de organização judiciária.

Art. 356. Até o momento de abertura dos trabalhos da sessão, o juiz presidente decidirá os casos de isenção e dispensa de jurados e o pedido de adiamento de julgamento, mandando consignar em ata as deliberações.

Art. 357. Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, científicas as partes e as testemunhas.

Parágrafo único. Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado à Chefia da Instituição com a data designada para a nova sessão.

Art. 358. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão.

§1o Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente.

§2o Na hipótese do §1o deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias.

Art. 359. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto ou do assistente que tiver sido regularmente intimado.

§1o Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§2o Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.

Art. 360. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, a condenará nas despesas da diligência.

Art. 361. Aplicar-se-á às testemunhas a serviço do Tribunal do Júri o disposto no art. 343.

Art. 362. Antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras.

Art. 363. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, declarando não prescindir do depoimento e indicando a sua localização.

§1o Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§2o O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.

Art. 364. Realizadas as diligências referidas nos arts. 356 a 363, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão proceda à chamada deles.

Art. 365. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

§1o O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos.

§2o Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal.

Art. 366. Não havendo o número referido no art. 365, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, e designar-se-á nova data para a sessão do júri.

Art. 367. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 336 e 337.

Art. 368. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos e a suspeição constantes dos arts. 350 e 351.

§1o O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento, e entre si, durante a instrução e os debates, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2o do art. 338.

§2o A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Art. 369. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 8 (oito) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

Art. 370. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.

Art. 371. Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas, para todos, poderão ser feitas por um só defensor, havendo acordo entre eles.

§1o A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 8 (oito) jurados para compor o Conselho de Sentença.

§2o Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de co-autoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 331.

§3o Sendo insuficientes os critérios do art. 331, a precedência no julgamento obedecerá a ordem da maior idade do acusado.

Art. 372. Desacolhida a arguição de impedimento ou suspeição contra o juiz presidente do Tribunal do Júri, órgão do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário, o julgamento não será suspenso, devendo, entretanto, constar da ata o seu fundamento e a decisão.

Art. 373. Se, em consequência do impedimento, suspeição, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, com observância do disposto no art. 366.

Art. 374. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a prova dos autos, a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

§1o O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

§2o O juiz indagará aos jurados acerca da necessidade de leitura das peças mencionadas no parágrafo anterior.

## Seção XI

### *Da instrução em plenário*

Art. 375. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações da vítima, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§1o Ao final das inquirições, o juiz presidente poderá formular perguntas aos depoentes para esclarecimento de dúvidas, obscuridades ou contradições.

§2o Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos, no mais, a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§3o Os jurados poderão formular perguntas à vítima e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§4o As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

§5o O acusado terá assento ao lado de seu defensor.

Art. 376. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III, do Título IV, do Livro I, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§1o Os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente.

§2o Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Art. 377. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.

Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.

## Seção XII

### *Dos debates*

Art. 378. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação com base na denúncia, observados os limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§1o O assistente falará depois do Ministério Público.

§2o Tratando-se de processo instaurado por meio de ação penal privada subsidiária da pública, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação.

§3o Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

§4o A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.

Art. 379. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§1o Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§2o Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no §1o deste artigo.

Art. 380. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – aos fundamentos da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, aos motivos determinantes do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada.

Art. 381. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Art. 382. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados, solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§1o Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§2o Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§3o Os jurados terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

Art. 383. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias.

## Seção XIII

### *Da votação*

Art. 384. Encerrados os debates, o Conselho de Sentença será questionado sobre a matéria de fato admitida pela pronúncia e a que tiver sido alegada pela defesa em plenário.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão.

Art. 385. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – se deve o acusado ser absolvido;

II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia.

§1o Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

§2o Respondido positivamente o primeiro quesito por 4 (quatro) jurados, o juiz-presidente encerrará a votação, proferindo sentença absolutória.

§3o Se for negado por maioria o primeiro quesito, o juiz formulará separadamente os quesitos pertinentes a cada uma das causas de diminuição de pena, qualificadoras e causas de aumento.

§4o Se tiver sido sustentada em plenário a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito preliminar a respeito.

§5o Resolvido o quesito, encerra-se a sua apuração.

Art. 386. Antes da votação, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

Art. 387. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação.

Parágrafo único. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as

pessoas mencionadas no *caput* deste artigo.

Art. 388. A seguir, e na presença dos jurados, do Ministério Público, do assistente, do querelante, do defensor do acusado, do escrivão e do oficial de justiça, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 8 (oito) delas a palavra *sim*, 8 (oito) a palavra *não*.

Parágrafo único. O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Art. 389. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.

Art. 390. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.

Parágrafo único. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas.

Art. 391. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos, prevalecendo a decisão mais favorável ao acusado, no caso de empate.

Art. 392. Encerrada a votação, será o termo a que se refere o artigo 390 assinado pelo presidente, pelos jurados e pelas partes.

#### Seção XIV

##### *Da sentença*

Art. 393. Em seguida, o presidente, dispensando o relatório, proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena alegadas nos debates, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 413;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

- a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;
- b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;
- c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Parágrafo único. Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 288 e seguintes.

Art. 394. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento, devendo os presentes permanecerem de pé durante o ato.

#### Seção XV

##### *Da ata dos trabalhos*

Art. 395. De cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente e pelas partes.

Art. 396. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

- I – a data e a hora da instalação dos trabalhos;
  - II – o magistrado que presidiu a sessão e os jurados presentes;
  - III – os jurados alistados que deixaram de comparecer, com escusa ou sem ela, e as sanções aplicadas, bem como aqueles impedidos de participar do júri;
  - IV – o ofício ou requerimento de isenção ou dispensa;
  - V – o sorteio dos jurados suplentes;
  - VI – o adiamento da sessão, se houver ocorrido, com a indicação do motivo;
  - VII – a abertura da sessão e a presença do Ministério Público, do querelante e do assistente, se houver, e a do defensor do acusado;
  - VIII – o pregão e a sanção imposta, no caso de não comparecimento;
  - IX – as testemunhas dispensadas de depor;
  - X – o recolhimento das testemunhas a lugar de onde umas não pudessem ouvir o depoimento das outras;
  - XI – a verificação das cédulas pelo juiz presidente;
  - XII – a formação do Conselho de Sentença, com o registro dos nomes dos jurados sorteados e recusas;
  - XIII – o compromisso e o interrogatório, com simples referência ao termo;
  - XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;
  - XV – os incidentes;
  - XVI – o julgamento da causa;
  - XVII – a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença.
- Art. 397. A falta da ata sujeitará o responsável a sanções administrativa e penal.

#### Seção XVI

##### *Das atribuições do presidente do Tribunal do Júri*

Art. 398. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

- I – regular a polícia das sessões;
- II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;
- III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes;
- IV – resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do júri;
- V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;
- VI – mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;
- VII – suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados, quando for o caso;
- VIII – interromper a sessão por tempo razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;
- IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção



de punibilidade;

X – resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;

XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;

XII – intervir durante os debates, para assegurar a palavra à parte que estiver fazendo uso dela, sob pena de suspensão da sessão, ou, em último caso, da retirada daquele que estiver desrespeitando a ordem de manifestação.

**ANEXO III**  
**SUBSTITUTIVO AO PLS 156/09**  
**(excerto com os artigos referentes aos procedimentos)**

## CAPÍTULO II DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Art. 265. A denúncia, observados os prazos previstos no art. 49, conterá a exposição dos fatos imputados, com todas as suas circunstâncias, de modo a definir a conduta do autor, a sua qualificação pessoal ou elementos suficientes para identificá-lo, a qualificação jurídica do crime imputado e a indicação das provas que se pretende produzir, com o rol de testemunhas.

§1o O rol de testemunhas deverá precisar, o quanto possível, o nome, profissão, residência, local de trabalho, telefone e endereço eletrônico.

§2o Poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas.

Art. 266. Oferecida a denúncia, se não for o caso de seu indeferimento liminar, o juiz notificará a vítima para, no prazo de 10 (dez) dias, promover a adesão civil da imputação penal.

Art. 267. Com ou sem a adesão civil, o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias.

§1o O mandado de citação deverá conter cópia integral da denúncia e demais documentos que a acompanhem.

§2o Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se ele criar dificuldades para o cumprimento da diligência, proceder-se-á à sua citação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para fins de comparecimento à sede do juízo.

§3o Comparecendo o acusado citado por edital, terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de apresentar a resposta escrita.

§4o Em qualquer caso, citado o acusado e não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 268. Na resposta escrita, o acusado poderá arguir tudo o que interessar à sua defesa, no âmbito penal e civil, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas até o máximo de 8 (oito), qualificando-as, sempre que possível.

Parágrafo único. As exceções serão processadas em apartado, nos termos do art. 425 e seguintes.

Art. 269. Estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta dias), determinando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

Parágrafo único. O acusado preso será requisitado para comparecer à audiência e demais atos processuais, devendo o poder público providenciar sua apresentação, ressalvado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 73.

Art. 270. Caberá absolvição sumária, desde logo, quando o juiz, prescindindo da fase de instrução:

I – comprovar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – comprovar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo quando cabível a imposição de medida de segurança;

III- reconhecer a manifesta atipicidade do fato, nos termos e nos limites em que narrado na denúncia.

Art. 271. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§1o Se possível, todos os atos serão realizados em audiência única, facultando-se ao juiz o fracionamento da instrução quando for elevado o número de testemunhas.

§2o O juiz arguirá os depoentes se, ao final da inquirição das partes, tiver dúvida relevante sobre elementar ou circunstância do fato imputado.

§3o Se necessário, nova audiência será designada no prazo máximo de 15 (quinze) dias, intimados desde logo todos os presentes.

§4o O acusado que regularmente intimado para a audiência não comparecer poderá ser conduzido coercitivamente se demonstrada a necessidade de reconhecimento de pessoa na produção da prova testemunhal.

§5o Para os fins da condução referida no §4o deste artigo, o mandado especificará a finalidade do ato, os nomes das partes e os demais dados de identificação do processo e seu cumprimento se fará em estrita obediência às demais garantias individuais.

Art. 272. Produzidas as provas, o Ministério Público, o assistente, a parte civil e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, em 5 (cinco) dias, para o que serão intimados no final da audiência.

Parágrafo único. O juiz deferirá as diligências se forem imprescindíveis para a comprovação de suas alegações.

Art. 273. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§1o Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§2o Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§3o O mesmo procedimento descrito no § 2o deste artigo será observado quanto à intervenção da parte civil.

§4o Nos processos decorrentes de ação de iniciativa privada subsidiária da pública, o Ministério Público oferecerá alegações finais orais após o querelante e antes do acusado, conforme o disposto no *caput* deste artigo, contando-se em dobro o tempo da defesa.

§5o O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 10 (dez) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. Encerrada a instrução, as partes serão intimadas para apresentarem alegações finais no prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

Art. 274. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem os debates orais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 10 (dez) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.

Art. 275. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Art. 276. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Art. 277. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, vítima e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

Parágrafo único. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhada às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

### **CAPÍTULO III DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO**

Art. 278. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 271, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição de pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§2º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser ainda diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§3º Não se aplica o disposto no §2º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§4º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§5º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§6º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§7º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§8º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 279. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

### **CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO SUMARIÍSSIMO**

#### **Seção I**

##### *Disposições gerais*

Art. 280. O procedimento sumariíssimo se desenvolve perante o Juizado Especial Criminal, consoante o disposto no art. 98, I, da *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Art. 281. Os Juizados Especiais Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 282. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 283. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos deste Código, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 284. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

#### **Seção II**

##### *Da competência e dos atos processuais*

Art. 285. A competência territorial do Juizado Especial Criminal será determinada pelo lugar em que foram praticados os atos de execução da infração penal, consoante o disposto no art. 95.

Art. 286. Os atos processuais relativos ao procedimento sumariíssimo serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 287. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os princípios indicados no art. 284.

§1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

§3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

Art. 288. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para adoção do procedimento ordinário.

Art. 289. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

Art. 290. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor.

#### **Seção III**

##### *Da fase preliminar*

Art. 291. O delegado de polícia que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará

imediatamente ao juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Art. 292. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 293. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma do art. 289.

Art. 294. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 295. A conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 296. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

§1º Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação.

§2º Nas condições do §1º deste artigo, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos.

Art. 297. Não havendo conciliação a respeito dos danos civis, será dada imediatamente a vítima a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 298. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público e aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º A imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

§6º Se houver descumprimento da pena imposta na forma do §4º deste artigo, o juiz dará vista dos autos ao Ministério Público para, se for o caso, oferecer denúncia escrita, após o que o acusado será citado e cientificado da designação da audiência de instrução e julgamento, prosseguindo-se de acordo com as demais regras do procedimento sumariíssimo.

§7º Suspende-se o prazo prescricional enquanto não houver o cumprimento integral da pena imposta na forma do §4º deste artigo.

§8º Na hipótese do §6º deste artigo, computa-se na pena restritiva de direitos eventualmente aplicada ao final do procedimento sumariíssimo, pela metade, o período efetivamente cumprido da pena imposta na transação penal, ainda que diversas.

§9º O disposto no §8º deste artigo também se aplica à hipótese de pena de multa, descontando-se o valor pago em razão da transação penal.

## Seção IV

### *Da fase processual*

Art. 299. Quando não houver composição dos danos civis ou transação penal, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 291, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes ao juízo comum.

Art. 300. A denúncia oral será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, a vítima, o responsável civil e seus advogados.

§1º Se o acusado não estiver presente, será citado e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas, no máximo de 5 (cinco), ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo 5 (cinco) dias antes de sua realização.

§2º Não estando presentes, a vítima e o responsável civil serão intimados para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista neste procedimento.

Art. 301. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, serão renovados os respectivos atos processuais.

Art. 302. Nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 303. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia;

havendo recebimento, e não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos

debates orais e à prolação da sentença.

§1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§3º Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puder causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito.

§4º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do juiz.

Art. 304. Da decisão de indeferimento da denúncia e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§1º A apelação será interposta no prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§2º O recorrido será intimado para oferecer resposta no prazo de 10 (dez) dias.

§3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o §3º do art. 287.

§4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 305. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

§1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração interromperão o prazo para o recurso.

§3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

## Seção V

### *Das despesas processuais*

Art. 306. Nos casos de homologação do acordo civil e de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

## Seção VI

### *Disposições finais*

Art. 307. O procedimento sumariíssimo previsto neste Capítulo não se aplica no âmbito da Justiça Militar nem em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, segundo dispõe a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Art. 308. As disposições relativas ao procedimento ordinário aplicam-se subsidiariamente ao procedimento sumariíssimo previsto neste Capítulo.

## CAPÍTULO V

### DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

Art. 309. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno, e, especialmente, o seguinte:

I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator;

II – o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar sobre os elementos informativos colhidos na investigação preliminar; se o réu estiver preso, o prazo será de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 49.

III – a denúncia e a queixa subsidiária observarão as disposições previstas neste Código, relativamente aos requisitos formais da peça acusatória.

Art. 310. Compete ao relator determinar a citação do acusado para oferecer resposta no prazo de 10 (dez) dias, aplicando-se, no que couber, as demais disposições do procedimento ordinário sobre a matéria.

§ 1º Com o mandado, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa subsidiária, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua citação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao tribunal, em 5 (cinco) dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Art. 311. Apresentada a resposta, o relator designará dia para que o tribunal delibere sobre o recebimento da denúncia ou da queixa, se não for o caso de extinção da punibilidade ou de absolvição sumária, quando tais questões não dependerem de prova, nos limites e nos termos em que narrada a peça acusatória.

§ 1º No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º Encerrados os debates, o tribunal decidirá por maioria.

Art. 312. Recebida a peça acusatória, o relator poderá determinar a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

§ 1º O interrogatório do acusado poderá ser realizado diretamente no tribunal, se assim o requerer a defesa, em dia e horário previamente designados.

§2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Art. 313. Concluída a instrução, as partes poderão requerer diligências, no prazo de 5 (cinco) dias, quando imprescindíveis para o esclarecimento de questões debatidas na fase probatória.

Art. 314. Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 10 (dez) dias, alegações finais escritas.

Art. 315. O tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I – a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de 1 (uma) hora para sustentação oral, assegurado ao assistente 1/4 (um quarto) do tempo da acusação;

II – encerrados os debates, o tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.

## CAPÍTULO VI

## DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

### Seção I

#### *Da acusação e da instrução preliminar*

Art. 316. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§1o O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§2o A acusação poderá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), para cada fato, na denúncia ou na queixa.

§3o Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, no âmbito penal e cível, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 317. As exceções serão processadas em apartado, nos termos do art. 425 e seguintes.

Art. 318. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.

Art. 319. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Art. 320. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§1o Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§2o As provas serão produzidas em uma só audiência, salvo quando o elevado número de testemunhas recomendar o seu fracionamento, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§3o Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 414, ressalvada a possibilidade de aditamento da denúncia para incluir coautores ou partícipes não mencionados na peça acusatória inicial.

§4o As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§5o Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e para a defesa de cada um deles será individual.

§6o Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§7o Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§8o A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no *caput* deste artigo.

§9o Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

Art. 321. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

### Seção II

#### *Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária*

Art. 322. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§1o A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato imputado e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo constar ainda a classificação do crime, bem como as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, nos termos em que especificadas pela acusação.

§2o O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão preventiva ou de quaisquer das medidas cautelares anteriormente decretadas, e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título II do Livro III deste Código.

Art. 323. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova acusação se houver prova nova.

Art. 324. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Art. 325. Contra a decisão de impronúncia ou a sentença de absolvição sumária caberá apelação.

Art. 326. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave, sendo-lhe vedada a alteração substancial da acusação.

Art. 327. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no art. 98 e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja, sem prejuízo do disposto no art. 111.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

Art. 328. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público;

Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

Art. 329. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§1o Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§2o Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.

### Seção III

#### *Da preparação do processo para julgamento em plenário*

Art. 330. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa subsidiária, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências.

Art. 331. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento do processo;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Art. 332. Quando a lei local de organização judiciária não atribuir ao presidente do Tribunal do Júri o preparo para julgamento, o juiz competente remeter-lhe-á os autos do processo preparado até 5 (cinco) dias antes do sorteio a que se refere o art. 340.

Parágrafo único. Deverão ser remetidos, também, os processos preparados até o encerramento da reunião, para a realização de julgamento.

#### **Seção IV**

##### *Do alistamento dos jurados*

Art. 333. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população, observando-se, sempre que possível, a proporcionalidade entre homens e mulheres.

§1o Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do §3o do art. 334.

§2o O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

§3o Qualquer cidadão que preencha os requisitos legais poderá se inscrever para ser jurado.

Art. 334. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

§1o A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

§2o Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 344 a 354.

§3o Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente, a quem caberá, com exclusividade, o conhecimento acerca do endereço dos jurados.

§4o O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído.

§5o Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada.

#### **Seção V**

##### *Do desaforamento*

Art. 335. Se houver fundada dúvida sobre a imparcialidade do júri, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§1o O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§2o Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§3o Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§4o Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

Art. 336. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

§1o Para a contagem do prazo referido neste artigo não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

§2o Não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

#### **Seção VI**

##### *Da organização da pauta*

Art. 337. Salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência:

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§1o Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem prevista no *caput* deste artigo.

§2o O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado.

Art. 338. O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretenda atuar.

Art. 339. Estando o processo em ordem, o juiz presidente mandará intimar as partes, a vítima, se for possível, as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a sessão de instrução e julgamento.

#### **Seção VII**

##### *Do sorteio e da convocação dos jurados*



Art. 340. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

Art. 341. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

§1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

§2º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes.

§3º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras.

Art. 342. Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil de comunicação para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei.

Parágrafo único. No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 344 a 354.

Art. 343. Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

### Seção VIII

#### *Da função do jurado*

Art. 344. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento é direito de todos que satisfaçam as exigências legais e compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou impedido de se alistar em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução ou deficiência física, quando compatível com o exercício da função.

§2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

Art. 345. Estão isentos do serviço do júri:

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;

II – os Governadores e seus respectivos Secretários;

III – os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;

IV – os Prefeitos Municipais;

V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e seus estagiários;

VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VII – os delegados de polícia e os servidores dos quadros da polícia, da segurança pública e os guardas municipais;

VIII – os militares em serviço ativo;

IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;

X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

Art. 346. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.

§1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins.

§2º O juiz fixará o serviço alternativo de modo a não prejudicar as atividades laborais do cidadão.

§3º Sempre que possível, o corpo de jurados observará a proporcionalidade entre homens e mulheres.

Art. 347. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.

Art. 348. Constitui também direito do jurado, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.

Art. 349. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri.

Art. 350. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica.

Art. 351. Somente será aceita escusa fundada em motivo relevante devidamente apresentado e comprovado, ressalvadas as hipóteses de força maior, até o momento da chamada dos jurados.

Art. 352. O jurado somente será dispensado por decisão motivada do juiz presidente, consignada na ata dos trabalhos.

Art. 353. O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

Art. 354. Aos suplentes, quando convocados, serão aplicáveis os dispositivos referentes às dispensas, às faltas e escusas e à equiparação de responsabilidade prevista no art. 353.

### Seção IX

#### *Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença*

Art. 355. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Art. 356. São impedidos de servir no mesmo Conselho:

I – marido e mulher, bem como companheiro e companheira;

II – ascendente e descendente;

III – sogro ou sogra e genro ou nora;

IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;

V – tio e sobrinho;

VI – padrasto ou madrastra e enteado.

§1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.

§2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos e a suspeição dos juízes togados.

Art. 357. Não poderá servir o jurado que:

I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado.

Art. 358. Dos impedidos entre si por parentesco ou relação de convivência, servirá o que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Art. 359. Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão considerados para a constituição do número legal exigível para a realização da sessão.

Art. 360. O mesmo Conselho de Sentença poderá conhecer de mais de um processo, no mesmo dia, se as partes o aceitarem, hipótese em que seus integrantes deverão prestar novo compromisso.

## Seção X

### *Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri*

Art. 361. O Tribunal do Júri reunir-se-á para as sessões de instrução e julgamento nos períodos e na forma estabelecida pela lei local de organização judiciária.

Art. 362. Até o momento de abertura dos trabalhos da sessão, o juiz presidente decidirá os casos de isenção e dispensa de jurados e o pedido de adiamento de julgamento, mandando consignar em ata as deliberações.

Art. 363. Se o Ministério Público não comparecer, o juiz presidente adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, cientificadas as partes e as testemunhas.

Parágrafo único. Se a ausência não for justificada, o fato será imediatamente comunicado à Chefia da Instituição, assim como a data designada para a nova sessão.

Art. 364. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como a data designada para a nova sessão.

§1o Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente.

§2o Na hipótese do §1o deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias.

Art. 365. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto ou do assistente que tiver sido regularmente intimado.

§1o Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento, salvo comprovado motivo de força maior, deverão ser previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§2o Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.

Art. 366. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, a condenará nas despesas da diligência.

Art. 367. Aplicar-se-á às testemunhas a serviço do Tribunal do Júri o disposto no art. 349.

Art. 368. Antes de constituído o Conselho de Sentença, as testemunhas serão recolhidas a lugar onde umas não possam ouvir os depoimentos das outras.

Art. 369. O julgamento não será adiado se a testemunha deixar de comparecer, salvo se uma das partes tiver requerido a sua intimação por mandado, indicando a sua localização e declarando não prescindir do depoimento.

§1o Se, intimada, a testemunha não comparecer, o juiz presidente suspenderá os trabalhos e mandará conduzi-la ou adiará o julgamento para o primeiro dia desimpedido, ordenando a sua condução.

§2o O julgamento será realizado mesmo na hipótese de a testemunha não ser encontrada no local indicado, se assim for certificado por oficial de justiça.

Art. 370. Realizadas as diligências referidas nos arts. 362 a 369, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão proceda à sua chamada.

Art. 371. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

§1o O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos.

§2o Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal.

Art. 372. Não havendo o número referido no art. 371, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, e designar-se-á nova data para a sessão do júri.

Art. 373. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 342 e 343.

Art. 374. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos e a suspeição constantes dos arts. 356 e 357.

§1o O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento e, entre si, durante a instrução e os debates, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2o do art. 344.

§2o A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Art. 375. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 8 (oito) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.

Art. 376. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.

Art. 377. Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas, para todos, poderão ser feitas por um só defensor, havendo acordo entre eles.

§1o A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.

§2o Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de coautoria, aplicar-se-ão os critérios de preferência dispostos no art. 337.

§3o Sendo insuficientes os critérios do art. 337, a precedência no julgamento obedecerá a ordem da maior idade do acusado.

Art. 378. Desacolhida a arguição de impedimento ou suspeição contra o juiz presidente do Tribunal do Júri, órgão do Ministério Público, jurado ou qualquer funcionário, o julgamento não será suspenso, devendo, entretanto, constar da ata o seu fundamento e a decisão.

Art. 379. Se, em consequência de impedimento, suspeição, dispensa ou recusa, não houver número para a formação do

Conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido, após sorteados os suplentes, com observância do disposto no art. 372.

Art. 380. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a prova dos autos, a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

§1º O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

§2º O juiz indagará aos jurados acerca da necessidade de leitura das peças mencionadas no §1º deste artigo.

## Seção XI

### *Da instrução em plenário*

Art. 381. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações da vítima, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§1º Ao final das inquirições, o juiz presidente poderá formular perguntas aos depoentes para esclarecimento de dúvidas, obscuridades ou contradições.

§2º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e

do assistente, mantidos, no mais, a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§3º Os jurados poderão formular perguntas à vítima e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§4º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, de modo exclusivo, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

§5º O acusado terá assento ao lado de seu defensor.

Art. 382. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título IV do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§1º Os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente.

§2º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Art. 383. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.

Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a gravação, constará dos autos.

## Seção XII

### *Dos debates*

Art. 384. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação com base na denúncia, observados os limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§1º O assistente falará depois do Ministério Público.

§2º Tratando-se de processo instaurado por meio de ação penal privada subsidiária da pública, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação.

§3º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

§4º A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário.

Art. 385. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no §1º deste artigo.

Art. 386. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – aos fundamentos da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, aos motivos determinantes do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada.

Art. 387. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Art. 388. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados, solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§3º Os jurados terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

Art. 389. Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias.

Parágrafo único. Se a diligência consistir na produção de prova pericial, o juiz presidente, desde logo, nomeará perito e formulará quesitos, facultando às partes também formulá-los e indicar assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias.

## Seção XIII

#### *Da votação*

Art. 390. Encerrados os debates, o Conselho de Sentença será questionado sobre a matéria de fato admitida pela pronúncia e a que tiver sido alegada pela defesa em plenário.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com o adequado grau de clareza e precisão.

Art. 391. Os quesitos serão formulados na ordem que segue, e indagarão sobre:

I – se deve o acusado ser absolvido;

II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia.

§1º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

§2º Respondido positivamente o primeiro quesito por 4 (quatro) jurados, o juiz presidente encerrará a votação, proferindo sentença absolutória.

§3º Se for negado por maioria o primeiro quesito, o juiz formulará separadamente os quesitos pertinentes a cada uma das causas de diminuição da pena, circunstâncias qualificadoras e causas de aumento.

§4º Se tiver sido sustentada em plenário a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito preliminar a respeito.

§5º Resolvido o quesito, encerra-se a sua apuração, sem a abertura das cédulas restantes.

Art. 392. Antes da votação, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

Art. 393. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação.

Parágrafo único. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que todos se retirem, permanecendo no recinto somente os jurados.

Art. 394. A seguir, e na presença dos jurados, do Ministério Público, do assistente, do querelante, do defensor do acusado, do escrivão e do oficial de justiça, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobrável, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, e 7 (sete) a palavra *não*.

Parágrafo único. O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente.

Art. 395. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.

Art. 396. Após a resposta, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, o presidente determinará que o escrivão registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento.

Parágrafo único. Do termo também constará a conferência das cédulas não utilizadas.

Art. 397. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

Art. 398. Encerrada a votação, será o termo a que se refere o art. 396 assinado pelo presidente, pelos jurados e pelas partes.

### **Seção XIV**

#### *Da sentença*

Art. 399. Em seguida, o presidente, dispensando o relatório, proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

a) fixará a pena-base;

b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

c) imporá os aumentos ou diminuições da pena alegadas nos debates, em atenção às causas admitidas pelo júri;

d) observará as demais disposições do art. 418;

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;

f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

II – no caso de absolvição:

a) mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso;

b) revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas;

c) imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Parágrafo único. Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto no art. 280 e seguintes.

Art. 400. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento, devendo os presentes permanecer de pé durante o ato.

### **Seção XV**

#### *Da ata dos trabalhos*

Art. 401. De cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo presidente e pelas partes.

Art. 402. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente:

I – a data e a hora da instalação dos trabalhos;

II – o magistrado que presidiu a sessão e os jurados presentes;

III – os jurados alistados que deixaram de comparecer, com escusa ou sem ela, e as sanções aplicadas, bem como aqueles impedidos de participar do júri;

IV – o ofício ou requerimento de isenção ou dispensa;

V – o sorteio dos jurados suplentes;

VI – o adiamento da sessão, se houver ocorrido, com a indicação do motivo;

VII – a abertura da sessão e a presença do Ministério Público, do querelante e do assistente, se houver, e a do defensor do acusado;

VIII – o pregão e a sanção imposta, no caso de não comparecimento;

IX – as testemunhas dispensadas de depor;

X – o recolhimento das testemunhas a lugar de onde umas não pudessem ouvir o depoimento das outras;

XI – a verificação das cédulas pelo juiz presidente;

XII – a formação do Conselho de Sentença, com o registro dos nomes dos jurados sorteados e recusas;

XIII – o compromisso e o interrogatório, com simples referência ao termo;  
XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos;  
XV – os incidentes;  
XVI – o julgamento da causa;  
XVII – a publicidade dos atos da instrução plenária, das diligências e da sentença.  
Art. 403. A falta da ata sujeitará o responsável a sanção administrativa e penal.

#### **Seção XVI**

##### *Das atribuições do presidente do Tribunal do Júri*

Art. 404. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

- I – regular a polícia das sessões;
- II – requisitar o auxílio da força pública, que ficará sob sua exclusiva autoridade;
- III – dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes;
- IV – resolver as questões incidentes que não dependam de pronunciamento do júri;
- V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;
- VI – mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença;
- VII – suspender a sessão pelo tempo indispensável à realização das diligências requeridas ou entendidas necessárias, mantida a incomunicabilidade dos jurados, quando for o caso;
- VIII – interromper a sessão por tempo razoável, para proferir sentença e para repouso ou refeição dos jurados;
- IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer deles, a arguição de extinção de punibilidade;
- X – resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento;
- XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade;
- XII – intervir durante os debates, para assegurar a palavra à parte que dela estiver fazendo uso, sob pena de suspensão da sessão, ou, em último caso, da retirada daquele que estiver desrespeitando a ordem de manifestação.